Gouvernement du Québec
Ministère des Affaires culturelles
Service gouvernemental de la propriété intellectuelle et du statut de l'artiste

PRÉSENTATION

L'étude de Me Jean Goulet fait suite à celle réalisée par messieurs Marcel Garneau et Francesco Arena du ministère des Communications sur le problème complexe du droit d'auteur en regard de l'informatique.

Alors que messieurs Garneau et Arena situaient le problème dans sa perspective internationale, Me Goulet s'attarde plus spécifiquement aux moyens de protection juridique du logiciel au Canada. C'est une des premières fois que la question est analysée en profondeur au Québec sous l'angle du droit d'auteur, du brevet d'invention, du secret industriel et des contrats d'engagement et de confidentialité. À chaque mécanisme à notre disposition, Me Goulet en présente les avantages et inconvénients afin de mieux conseiller les éditeurs ou producteurs de logiciels.

En diffusant ce texte, le Service gouvernemental de la propriété intellectuelle et du statut de l'artiste du ministère des Affaires culturelles entend contribuer encore davantage à une meilleure compréhension des enjeux dans la recherche d'un équilibre entre le respect du droit d'auteur et l'accès à l'information et à la culture.

.../2

De plus, le Service estime important et opportun d'apporter par cette étude un élément supplémentaire de réflexion dans le contexte de la révision de la Loi sur le droit d'auteur.

Les opinions émises sont celles de l'auteur et elles n'engagent pas le gouvernement.

Le directeur,

Michel Brûlé

LA PROTECTION JURIDIQUE DU LOGICIEL:

OPTIONS ET STRATÉGIES

Mars 1984

JEAN GOULET
Faculté de Droit
Université Laval

AVANT-PROPOS

L'étude que nous présentons aujourd'hui, a été commandée en juin 1983 par le Procureur général du Québec à la demande du ministère des Affaires culturelles. Elle a pour objectif de présenter dans une perspective critique les divers moyens juridiques susceptibles d'assurer le respect de la propriété intellectuelle des logiciels et des oeuvres connexes qui entourent sa confection.

L'auteur voudrait remercier les officiers du Service de la propriété intellectuelle du ministère des Affaires culturelles de la confiance qu'ils lui ont témoignée et de l'aide fort efficace qu'ils lui ont apportée en cours d'étude et de rédaction. Les conseils, remarques et observations de Me Ghislain Roussel se sont avérés particulièrement précieux et nous lui adressons le témoignage de notre plus vive reconnaissance.

Notre fidèle collaboratrice et amie Pascale Sansregret s'est chargée pour sa part de déchiffrer notre manuscrit et de procéder à sa dactylographie, un travail toujours difficile dont nous la remercions encore une fois.

Mars 1984 J.G.

PLAN DE L'ÉTUDE

INTRODUCTION

Les options de stratégies

Définitions de logiciel et de didacticiel

I. L'OPTION DU PRIVILEGE

Les notions de brevet d'invention et de droit d'auteur

A. LE BREVET D'INVENTION

L'objet de protection du brevet d'invention

1. L'interprétation judiciaire des problèmes émanant de l'informatique

Prater et Wei et la règle des étapes mentales

Gottschalk v. Benson et la non-brevetabilité des algorithmes

De Bernhart à Toma et les logiciels/méthodes d'exploitation

Diamond v. Dierh et la règle des logiciels inclus

2. Evaluation et tendances

B. LE DROIT D'AUTEUR

L'objet de protection du droit d'auteur

1. L'interprétation judiciaire des problèmes émanant de l'informatique

L'application de la loi de 1909: les formules et les formes

L'application de la loi de 1980: les programmes-objet et les chips

2. Evaluation et tendances

II. LA STRATÉGIE DU SECRET

Les définitions de droit commun et de secret

A. UNE LOGISTIQUE DU SECRET

La vie privée et l'intérêt économique

1. Un secret spécifique: le secret industriel

Le contrôle de l'information

Le contrôle du détenteur d'information

2. Un état général de secret: la loyauté dans l'emploi

La discrétion conventionnelle des employés

La discrétion statutaire des fonctionnaires

B. UNE PRATIQUE CONVENTIONNELLE DU SECRET

La propriété de l'information et le droit de suite

1. La conservation du secret

Le contrat d'entreprise

Le contrat de vente

2. Le maintien du secret

La licence et le louage

CONCLUSION

Les options de stratégies

La stratégie de la jonction des options

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITEE

BIBLIOGRAPHIE

La protection juridique du logiciel: options et stratégies

Nous allons consacrer le présent travail à dessiner les grands axes à partir desquels pourrait s'esquisser le schéma de protection idéal des logiciels conçus par un auteur en fonction d'un problème donné.

Ni le rédacteur ni l'utilisateur des programmes ne vont constituer pour nous des parties privilégiées. La loi et la convention nous serviront à établir aussi objectivement que possible, des cadres de référence où chacun y trouvera son profit et son avantage. Ce n'est donc que pour la commodité de la rédaction que nous allons orienter notre démarche le plus souvent à partir de l'auteur des logiciels.

Deux voies principales s'ouvrent à l'auteur de programmes désireux de protéger ses oeuvres contre l'abus et les emprunts indélicats. Il lui est ainsi loisible d'opter dans un premier temps pour la divulgation réglementée de ses oeuvres et bénéficier par conséquent du monopole d'exploitation que lui permettront le brevet d'invention ou le copyright. En revanche, il peut préférer tenir secrets ses logiciels en ne les divulguant à personne ou en stipulant une confidentialité obligatoire dans les conventions qui l'uniront aux tierces parties.

L'auteur de tout logiciel jouit donc du droit de planifier la divulgation de ses oeuvres. Il s'agit là d'une question de stratégie. A lui d'établir les règles du jeu en fonction de ses intérêts.

Nous nous fixons donc comme objectif d'éclairer ce choix, mais un problème de terminologie risque d'entraver notre démarche. Même les informaticiens ne s'entendent pas tous pour décrire uniformément les notions dont nous allons traiter, ce qui présente un embarras certain. Il nous faudrait éviter la confusion des concepts si nous désirons nous exprimer clairement, surtout en ce qui concerne la notion centrale de logiciel ou programme à laquelle nous allons prêter une attention particulière.

Malgré le paradoxe apparent, nous allons demander aux juristes plutôt qu'aux informaticiens de nous fournir les définitions dont nous avons besoin. Notre étude a les règles du droit pour objet et il convient que nous adoptions le vocabulaire de la documentation des sources que nous étudions, pour fins d'uniformité et de cohérence de nos remarques ultérieures.

Dans cette optique, nous allons retenir ainsi les définitions proposées par le juge Flaum dans l'affaire Data Cash Systems v. JS&A Group [1]. La démarche suivie par le magistrat de la Cour de district de l'Illinois paraît un peu compliquée parce qu'elle procède en quatre étapes, mais elle illustre bien le cheminement suivi pour atteindre le but final, soit celui de faire fonctionner l'ordinateur conformément au but visé. Le processus observe donc les quatre phases suivantes:

1. La confection de l'ordinogramme (ou flowchart)

   L'analyste de système a pour première mission de représenter visuellement la logique de son programme. Ce schéma est appelé ordinogramme ou flowchart [2].

---

(1) 480 F. Supp. 1063 (1979).

(2) Id., p. 1065.

2. La traduction en langage-informatique

L'analyste rédige ensuite le programme-source [3], à partir de l'ordinogramme.

Ce programme forme une liste d'instructions logiquement agencées. Il est écrit en un langage informatique [4], qui peut être le BASIC par exemple.

3. La phase "d'assemblage"

Le programme-source est composé dans une langue qui se rapproche du langage ordinaire et qui n'est pas accessible à l'ordinateur.

Un autre programme doit donc traduire ces signes alphanumériques en langage-machine chiffré que pourra comprendre l'ordinateur. Ce programme c'est l'assembleur [5].

4. Le décodage "physique"

L'"assemblage" ne règle cependant pas tout le problème de l'ordinateur, une machine électronique qui fonctionne à partir d'impulsions électriques

---

(3) Ibid.

(4) Nous n'entendons ici par langage, que les langages de haut niveau, c'est-à-dire ceux dont les énoncés se rapprochent d'une langue courante qui est habituellement l'anglais (v.g. BASIC, APL, FORTRAN etc.).
Un langage a effectivement deux faces différentes. Il constitue un véhicule d'expression pour le programmeur. Pour l'ordinateur, il est en même temps un compilateur, c'est-à-dire un programme capable de transformer les "écrits" du programmeur en langage-machine (voir à ce propos: J.-P. Bouhot et L. Gingras, L'ordinateur à la portée de tous, Chicoutimi, Gaétan Morin, [1978], p. 107).

(5) Arrêt Data Cash Systems, op. cit., note 1, ibid.
"[An] assembler [is] a computer program which transfers a symbolic language program into a machine language program." (voir: A.J. Meadows, M. Gordon et A. Singleton, Dictionary of New Information Technology, London, Kogan Page, [1982], p. 15; aussi: J.-P. Bouhot et L. Gingras, op. cit., note précédente, pp. 102 et s.).

convoyées par un ensemble quelconque de relais physiques.

Un dernier ensemble logique permet cette transformation du langage numérique à la dynamique électronique qui fait que l'ordinateur fonctionne. Cet ensemble, c'est le programme-objet [6] lui-même, en définitive, une quelconque "machine".

Comme le fait remarquer le juge Flaum "the "source program" is a writing while the "object program" is a mechanical tool or machine part." [7]

A moins que nous ne donnions d'indications contraires, nous entendons fondamentalement ici par logiciel, des programmes-source. Ces programmes sont toujours pour nous, en principe, des programmes d'application (application programs [8]) destinés à des utilisateurs, plutôt que des programmes de gérance (operating programs [9]) destinés à l'exploitation des systèmes et de l'ordinateur lui-même.

Un dernier type de programme-source retient enfin notre attention, soit le didacticiel. Le didacticiel devient pour nous un programme de médiatiseurs. Il organise l'agencement des fonctions qui provoquent l'apprentissage d'une habileté ou la rétention d'une connaissance par l'utilisateur qui s'en sert.

---

(6) Arrêt Data Cash Systems, op. cit., note 1, ibid.

(7) Ibid.

(8) "[An] application program [(or applications package)] [is] a program, or set of programs, designed to perform a particular application, or task," (voir: A.J. Meadows et als, op. cit., note 7, p. 13).

(9) "[An] operating system [is a] software contained in a computer which allows it to control the sequencing and processing of programs, and so respond correctly to user request..." (voir: A.J. Meadows, op. cit., note 7, p. 132).

Au delà des distinctions qui les séparent, tous les programmes se rejoignent en un point commun au moins. Tous résultent du travail d'un auteur. Ils jouissent donc tous d'une certaine valeur économique. Ce sont donc juridiquement des biens [10], forcément objets de propriété [11] et d'exploitation.

Ce cadre juridique va donc retenir d'autant plus notre attention que les logiciels constituent de l'information, et par conséquent des biens incorporels. Un programme, c'est un "savoir-faire", et il n'est pas facile d'en réglementer la circulation et de s'assurer du contrôle de sa dissémination.

Comme nous l'avons dit déjà, leur auteur/propriétaire pourra faire des choix, en optant pour la divulgation ou pour le secret, que nous étudierons dans cet ordre.

En première partie, nous allons supposer que l'auteur du logiciel entend distribuer son produit. Il souhaitera donc jouir d'un privilège, soit celui du monopole d'exploitation défini dans les conditions que nous verrons par la Loi sur le brevet d'invention [12] ou la Loi sur le droit d'auteur [13].

---

(10) Il faut considérer l'information comme un bien (cf. P. Leclercq, "Essai sur le statut juridique des informations", dans A. Madec, Les flux transfrontières de données, Paris, Documentation française, [1982], pp. 119-147 (122)).

(11) Seules les res communes sont inappropriables (voir, J. Goulet, A. Robinson et D. Shelton, Théorie générale du domaine privé, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 4).

(12) S.R.C. 1970, c. P. 4.

(13) Id., c. C-30.

1. L'option du privilège

Les deux législations que nous allons maintenant étudier émanent au Canada du pouvoir fédéral. Les paragraphes 22 et 23 de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 [14] attribuent en effet au Parlement canadien, le pouvoir de légiférer en matière de brevets d'invention et de droit d'auteur. La liste de leurs points communs ne se limite pas là toutefois.

Dans un cas comme dans l'autre, ces règles juridiques portent en effet sur une facette de la propriété intellectuelle [15]. On cherchera à protéger la créativité fonctionnelle, d'une part, et esthétique d'autre part.

Les deux législations poursuivent encore, chacune à leur façon, deux buts contraires. Elles souhaitent favoriser l'accès aux produits de l'esprit et stimuler l'imagination des chercheurs, tout en cherchant en même temps à réduire au seul bénéfice des auteurs, les retombées économiques directes des produits créés. Ces lois sont donc restrictives en ce sens qu'elles ne laissent pas l'exploitation des fruits du savoir-faire et de la créativité au seul domaine public. Les deux lois confèrent l'intéressant privilège du monopole d'exploitation au profit exclusif des inventeurs et auteurs.

Il faut considérer ces deux aspects du problème en étudiant la protection juridique du logiciel. Sans doute ne serait-il pas sage de limiter

---

(14) Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3.

(15) Nous entendons par propriété intellectuelle le régime juridique composite ayant la création intellectuelle pour objet.

indûment la circulation des idées logicielles en pleine période d'expansion informatique, et juste au moment où le Gouvernement du Québec désire que le réseau d'enseignement dont il a l'ultime responsabilité, se développe sur l'axe de cette composante électronique du phénomène de la communication. Pourtant, il paraîtrait aussi mal avisé de ne pas empêcher qu'on dépouille systématiquement du fruit de leurs efforts, ceux-là même qui auront contribué par leur génie inventif à développer les didacticiels et programmes divers dont les québécois ont besoin.

Que souhaiterait-on dès lors ? Un régime juridique où les utilisateurs de système pourraient puiser librement à l'inventaire des acquis dans ce domaine, tout en versant une juste indemnité aux créateurs de logiciels concernés ? Il serait alors bien utile que la Loi concernant les brevets d'invention [16] s'applique aux logiciels, puisque tel est sensiblement le régime de protection qu'offre aux inventeurs cette institution légale.

Un problème cependant nous arrête ici. Les logiciels sont-ils brevetables ? Voilà la question à laquelle nous allons tenter de trouver maintenant réponse, en nous demandant d'abord quelle sorte de savoir-faire la Loi sur les brevets d'invention régit. Nous essayerons ensuite d'en jauger les conséquences à l'aide de la jurisprudence qui pourrait exister à ce sujet.

A. Le brevet d'invention

Le brevet d'invention structure pour l'auteur de logiciel un système de protection fort attirant. Il favorise la circulation des produits, tout en

(16) S.R.C. 1970, c. P-4.

assurant la sauvegarde des intérêts économiques de leurs créateurs [17].

Ce privilège s'avère d'autant plus intéressant qu'il protège le processus des idées dans les limites qu'on verra plus loin. Or, tout logiciel a pour fondement principal la dynamique structurale d'un algorithme.

Un algorithme est, lui-même, un processus. Il est constitué d'un certain nombre de règles et procédures logiquement agencées en fonction d'atteindre un but visé. C'est une procédure destinée à résoudre une certaine forme de problème mathématique [18], comme le disait la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire Gottschalk v. Benson [19].

Comme processus, l'algorithme constitue une structure idéale. Il forme l'armature même de tout logiciel. C'est ce savoir-faire que les créateurs de logiciel voudraient protéger contre l'emprunt indélicat des tiers parasitaires. La Loi sur les brevets d'invention leur offre-t-elle alors des recours efficaces !

Il semble bien que ce ne soit malheureusement pas le cas !

Pourquoi ?

---

(17) Le créateur qui fait breveter son invention, en dévoile les secrets au grand public; n'importe qui peut s'en servir ensuite en payant une redevance à l'auteur.

(18) Le terme mathématique nous semble ici équivalent à celui de logique; A. J. Meadows et als parlent aussi de mathématique mais concluent par un exemple logique (voir: A.J. Meadows et als, op. cit., note 7, p. 11).

(19) 409 U.S. 64; 93 S.Ct. 253 (254).
Le terme d'algorithme a été maintes fois défini ailleurs; voir, par exemple, L. Rastriguine et P. Gravé, La cybernétique telle qu'elle est, Moscou, MIR, 1979, p. 21.

Tout le régime juridique entourant la protection des brevets d'invention date d'un autre âge. Il existe dans sa forme actuelle en fonction d'un monde qui a bien changé depuis la première fois où on y a recouru [20], et il s'est mieux adapté aux inventions mécaniques du siècle dernier qu'aux gadgets électroniques du monde nouveau. Il connaît bien la machine à vapeur, mais il boude encore l'ordinateur.

Les formules mathématiques pures ne sont donc pas brevetables en tant que telles [21]. Elles ne sont protégées que si elles sont associées à une machine quelconque qui, elle, sera brevetable.

Une invention, au sens du chapitre P-4 des Statuts révisés du Canada, c'est "toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matière, ainsi qu'un perfectionnement quelconque de l'un des susdits, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité." [22]

Le caractère fondamental des objets brevetables ressort bien de cette définition. Le législateur encourage ici l'invention de produits matériels nouveaux. Cette loi se veut pratique et non spéculative. Elle est conçue en fonction des idées pratiques seulement, soit celles qui favorisent l'invention de choses inédites ou permettent des modifications significatives aux procédés physiques actuels.

---

(20) Le premier brevet d'invention a été attribué en 1552 à un certain Henry Smyth, un marchand londonien désireux d'instituer en Angleterre la fabrication du verre de Normandie (voir: H. Harding, A Social History of English Law, Harmondsworth, Eng., Penguin Books, [1966], p. 312). La première loi anglaise sur ce sujet a été promulguée en 1623. C'est au XIXème siècle que cette législation s'est montrée intéressante, comme en fait foi la promulgation de la loi de 1906.

(21) H.G. Fox, The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Invention, 4th ed., Toronto, Carswell, 1969, p. 28.

(22) Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, c. P-4, a. 2, 8ème alinéa de la version française; c'est nous qui soulignons.

Or, un logiciel est information. C'est un bien incorporel. Il n'est ni produit ni, en principe, machine. Il ne serait donc pas brevetable à moins qu'il ne le devienne à l'occasion de sa proximité par rapport à un produit brevetable.

Telle est la norme qui pourrait se dégager de la jurisprudence américaine que nous allons maintenant étudier, et qui s'avère intéressante puisqu'elle permettrait peut-être de breveter certains didacticiels "durs", équivalents à de nouvelles machines de Skinner [23].

1. L'interprétation judiciaire des problèmes émanant de l'informatique

Il nous faut recourir à la jurisprudence américaine pour trouver un ensemble significatif de décisions sur la brevetabilité des logiciels. On n'a rapporté en effet au Canada jusqu'ici que deux causes à ce sujet.

Dans le premier cas, le Patent Appeal Board a considéré comme brevetable un programme permettant de calculer les bits [24] d'un mot informatique [25].

---

(23) B.F. Skinner, psychologue et psycholinguiste américain de l'université Harvard, s'est rendu célèbre en 1940 en proposant et construisant des machines à enseigner. Ces appareils, programmés linéairement, permettaient à l'étudiant de contrôler son propre apprentissage (voir à ce propos, par exemple, H. Kay et als, Teaching Machines and Programmed Instruction, Harmondsworth, Eng., Penguin Books, 1969, pp. 62 et ss.). La découverte récente du chip a favorisé la production d'une foule de jeux qui rappellent les machines de Skinner (v.g. Touch & Tell, Super Stumpers, Speak & Math etc.).

(24) La bit est l'unité élémentaire d'information; c'est "l'élément choisi d'un ensemble binaire dans une unité d'information" (voir: S. Nora et A. Minc, L'information de la société, Paris, Documentation française, 1978, p. 144).

(25) Re Application Number 961,392, 5 C.P.R. (2d) 162 (1971).

Plus récemment, la Cour Fédérale, siégeant en appel, n'a pas retenu comme brevetable un programme par lequel étaient effectués des calculs pertinents aux trous de forage nécessaires à la recherche des gisements d'huile et de gaz [26]. On doit préciser ici toutefois que ce rejet s'explique d'autant mieux que tout le procédé soumis à l'étude du Commissaire des brevets a été jugé non brevetable parce que ne constituant pas une invention au sens de la Loi applicable dans ce domaine [27].

On admettra facilement qu'il serait audacieux de parler ici de jurisprudence canadienne en matière de brevetabilité de logiciels, à partir de deux décisions dont la première émane d'un tribunal qui ne fait pas autorité, et la seconde a pour objet réel un procédé qui déborde les cadres stricts du logiciel au sens où nous l'entendons ici. Il faut donc chercher ailleurs. Or, où peut-on et doit-on regarder si ce n'est aux Etats-Unis ? Non seulement va-t-on trouver un ensemble jurisprudentiel abondant et convaincant, mais encore ces tribunaux appliquent-ils une loi qui se tient suffisament près de la nôtre en cette matière pour nous servir de source fiable d'interprétation [28].

---

(26) Schlumberger Canada Ltée v. Commissioner of Patents, 56 C.P.R. (2d) 204 (1981).

(27) Les programmes sont spécifiquement exclus de la protection légale par brevet en France (cf: Loi du 2 janvier 1968, a. 6, 2e).
La question d'indivisibilité soulevée par la Cour Fédérale canadienne a été discutée aussi dans une autre affaire Schlumberger française (cf: P. le Tourneau, dans Emergence du droit de l'informatique, Paris, Edition des Parques, [1983], p. 21).

(28) Patent Act, 35 U.S.C.A.

Une ambiguité va naturellement subsister. Le droit américain reste étranger par rapport à l'ordre juridique canadien. La similarité des règles nous autorise néanmoins à projeter l'applicabilité de ces normes chez nous, mutatis mutandis. Au surplus, notre législateur et nos magistrats s'inspirent bien souvent chez nous du modèle américain, surtout en matière technologique, et ils risquent encore de le faire abondamment dans l'avenir, surtout en cette matière.

Nous avons relevé chez nos voisins du Sud, une quinzaine de jugements portant sur la brevetabilité des logiciels.

Prater et Wei et la règle des étapes mentales

La séquence de ces décisions s'ouvre en 1968 par l'affaire Prater et Wei [29] où l'on a appliqué pour la première fois en fonction d'un logiciel, la doctrine dite "des étapes mentales". Si les procédés et calculs soumis pour brevetabilité par les requérants avaient pu tous être réalisés dans le seul esprit de l'utilisateur, la demande eut été dès lors rejetée [30]. Dans le présent cas toutefois, un ordinateur, une machine, prenait charge d'une partie des

(29) Il y a de fait deux jugements rendus dans l'affaire Prater par la Cour d'appel des Etats-Unis en matière de douanes et de brevets d'invention. C'est à la première que nous allons référer ici. Le tribunal y accepte qu'on accorde un brevet pour l'invention globale de Prater et Wei. Dans la seconde décision, ce brevet n'est maintenu que pour l'appareil servant à calculer les données spectographiques destinées à l'analyse. Il est refusé pour la méthode de calcul elle-même, mais en raison de motifs techniques reliés à la description de l'invention, qui ne mettent pas en cause le raisonnement pertinent à la première décision.
Voir Application of Prater, 415 F. 2d, 1378; id., 1393.

(30) Le tribunal aurait appliqué alors les normes tirées de l'affaire Abrams (cf: In re Abrams, 188 F. 2d 165 (1951)).

calculs [31]. La Cour d'appel des Etats-Unis en matière de douanes et de brevets d'invention (United States Court of Customs and Patent Appeal) [32] a jugé ainsi qu'un tel procédé constituait un "art utile" qui n'est pas exclu de la brevetabilité seulement parce que certaines opérations pouvaient être conduites dans le seul esprit de son utilisateur [33].

Pourrait-on conclure par conséquent qu'une idée, un algorithme, pouvait être brevetable ?

Gottschalk v. Benson et la non-brevetabilité des algorithmes.

La Cour Suprême des Etats-Unis a précisé sa pensée là-dessus en 1972 dans l'affaire Gottschalk v. Benson [34].

Une idée pure n'est pas brevetable. Un principe physique ou mathématique constitue une vérité fondamentale qui n'est pas non plus brevetable [35]. Ce sont là des outils de base nécessaires à tous les chercheurs en matières technologiques et scientifiques. On n'autorise personne à détenir par préemption un monopole sur les grands principes et rouages de la physique ou du calcul général [36].

---

(31) Il y a dès lors nouveauté; "[...] calculations on a computer is by "a means which had never occurred in nature"", (voir: Application of Prater op. cit., note 29, p. 1389).

(32) Pour fins de concision, nous appellerons désormais ce tribunal, la Cour d'appel en matière de brevets.

(33) Application of Prater, op. cit., note 29, ibid.

(34) Op. cit., note 19.

(35) Id., p. 255.

(36) Id., p. 257.

Le tribunal a donc refusé qu'on accorde un brevet pour un programme permettant de convertir des nombres binaires exprimés en code décimal en nombres binaires purs, sans application donnée, sauf quant aux ordinateurs digitaux [37].

L'arrêt Gottschalk se révèle bien riche en enseignements et il faut en retirer les normes suivantes:

. une idée pure, ou un principe mathématique ou physique pur, sans application pratique, n'est pas brevetable parce qu'on ne peut accorder à une personne, par préemption, un monopole d'exploitation exclusif sur une vérité scientifique fondamentale.

. La Cour Suprême se refuse à reconnaître la brevetabilité d'un algorithme. Elle souligne cependant qu'elle ne dit pas de cette façon qu'elle nie toute possibilité de brevetabilité pour tout logiciel, quel qu'il soit [38].

De Bernhart à Toma et les logiciels/méthodes d'exploitation

Se pourrait-il dès lors qu'un programme intimement relié à une machine spécifique soit brevetable avec l'ordinateur concerné en raison même de cette proximité ? Un tel raisonnement paraît avoir été suivi par la Cour d'appel en matière de brevets dans l'affaire Bernhart [39] qui précède l'arrêt Gottschalk.

---

(37) Ibid.

(38) Ibid.

(39) Application of Bernhart, 417 F. 2d 1395 (1969).

Cette théorie semble appuyée ensuite en 1976 par la Cour Suprême dans l'affaire Johnston [40], et elle est reprise encore en substance par la Cour d'appel en matière de brevetsdans l'affaire Chatfield [41], où on a admis la brevetabilité d'une méthode de gérance pour un ordinateur exploité en multiprogrammation.

On peut croire des décisions Chatfield et Gottschalk, que la Cour d'appel en matière de brevets autorise l'émission d'un brevet à chaque fois que le requérant démontre qu'il a inventé une méthode d'exploiter une machine ou un ordinateur. Le tribunal conclut alors que les procédés, programmes, algorithmes ou formules alors employés, ont une utilité pratique et ne sont pas de purs algorithmes au sens de l'affaire Gottschalk.

On retrouve d'autant plus aisément ce type de logique dans l'affaire Freeman [42], que la méthode proposée se situe à proximité d'un ensemble de machinerie bien concrète; le brevet requis, et accordé, concernait une méthode de montage de caractères alphanumériques réalisée en fonction d'une machine photocomposeuse. La requête de Peter P. Toma [43] sollicitait, elle, un brevet pour une méthode d'exploitation d'un ordinateur digital ayant pour effet de traduire du russe à l'anglais. Elle a été acceptée parce qu'elle ne se bornait pas à la simple résolution de problèmes mathématiques et qu'elle ne constituait

---

(40) Dann v. Johnston, 425 U.S. 219 (1976).

(41) Application of Chatfield, 545 F. 2d 152 (1976).

(42) Application of Freeman, 573 F. 2d 1237 (1978).

(43) Application of Toma, 575, F. 2d 872 (1978).

pas un simple algorithme. La requête adressée par J.P. Johnson [44] en décembre 1979 pour breveter une méthode effaçant le bruit indésirable des données sismiques reçut ensuite un accueil également favorable, de même que celle de J.J. Bradley [45] pour un firmware [46] servant à l'entreposage des données dans un ordinateur.

Diamond v. Diehr et les logiciels inclus

Le 3 mars 1981, la Cour Suprême s'est de nouveau prononcée en matière de brevetabilité des logiciels, dans l'affaire Diamond v. Diehr [47]. Rappelant qu'elle avait répété quelques années auparavant dans Parker v. Flook [48], son refus de considérer brevetables les formules mathématiques pures et les simples algorithmes, la Cour accepte néanmoins ici qu'un brevet d'invention puisse couvrir un programme destiné à calculer le temps de traitement du caoutchouc synthétique dans un moule approprié.

Une remarque importante s'impose ici. De même que la Cour Fédérale du Canada a rejeté la requête en brevetabilité d'un programme parce que l'inven-

---

(44) Application of Johnson, 589 F. 2d, 1070 (1979).
Rappelons ici le rejet de la requête de C.K. Sarkar pour une méthode d'analyse et de contrôle des canaux naturels ou artificiels; les caiculs proposés pouvaient se réaliser par le seul esprit de l'intéressé (voir: Application of Sarkar, 588 F. 2d 1330 (1979)).

(45) Application of Bradley, 600 F. 2d 807 (1979).

(46) Voici un terme nouveau !
On entend par firmware "a computer program written into a storage medium which it cannot accidentally erased (sic)... The term also applies to the electronic devices containing such programs." (A.J. Meadows et als, op. cit., note 7, p. 72).

(47) 450 U.S. 175; 10. S.Ct. 1048 (1981).

(48) 437 U.S. 584 (1978); voir arrêt Diamond, op. cit., note précédente, p. 1056 et ss. et 1059.

tion dont il faisait partie n'était pas globalement brevetable [49], de même la Cour Suprême américaine accepte ici de breveter le programme concerné parce que toute l'invention dont il fait partie est globalement brevetable. Le programme soumis est ici breveté à l'occasion de son appartenance à un procédé lui-même brevetable. La Cour Suprême reste fidèle à l'affirmation qu'elle avait faite auparavant à l'effet qu'elle ne disait pas que les programmes n'étaient jamais brevetables. Elle démontre ici la cohérence de son cheminement en considérant une formule mathématique comme brevetable quand elle a une application pratique immédiatement identifiable [50], et en ne refusant pas ce privilège à un programme pour le seul motif qu'il est un logiciel, l'intégrant plutôt à l'invention globale comme une partie incluse indissociable du tout global [51].

L'arrêt Diamond vient clore pour nous l'ensemble jurisprudentiel américain significatif en matière de brevetabilité du logiciel. Cet ensemble n'est pas seulement quantitativement intéressant. Il édicte un certain nombre de normes que nous devons d'autant mieux retenir, qu'elles risquent fort de s'appliquer chez nous sous forme de lois nouvelles ou de décisions de tribunal inspirées par l'exemple des grand frères voisins.

Arrêtons-nous donc à une brève évaluation de la jurisprudence américaine en nature de brevetabilité des logiciels.

---

(49) On se rappelera l'affaire Schlumberger citée en note 26.

(50) Arrêt Diamond, rappelant les règles formulées dans l'affaire Gottschalk (op. cit., note 19), p. 1057.

(51) Id., pp. 1057 et 1059.

2. Evaluation et tendances

Même s'il est presque téméraire de tenter la réduction de l'empirisme pragmatique anglo-saxon en principes rationnellement cartésiens, nous allons tenter néanmoins l'expérience, espérant que ces résultats facilitent notre appréhension de cette documentation toujours complexe et parfois opaque.

Il faut en premier lieu pour dissiper le brouillard des distinctions nombreuses et des renversements surprenants qu'on y trouve, identifier clairement le principe général qui prévaut dans ce domaine.

Le nombre des décisions qui acceptent la brevetabilité ne doit pas nous abuser. Les logiciels, aux Etats-Unis, ne sont pas brevetables. Ils constituent des algorithmes auxquels on refuse ce privilège. Ils n'ont pas, en eux-mêmes, d'applications pratiques.

On retrouve néanmoins quelques exceptions résultant de cette dernière perspective révélatrice de l'économie générale de la législation sur les brevets. Il découle ainsi des décisions rendues que:

- le firmware est possiblement brevetable.
  On entend par firmware les programmes qui s'actualisent dans un matériel physique donné ou qui se tiennent à proximité étroite de l'ordinateur dont il sert à assumer le fonctionnement [52].

---

(52) Voir la définition que nous proposons, supra, note 46.

- les méthodes d'exploitation de l'ordinateur sont parfois brevetables.

  Les méthodes dont on parle ici, constituent des procédés plus que des processus dont ils se distinguent par leur application pratique rapprochée. Une méthode n'est pas un algorithme, mais plutôt un mode d'emploi [53].

- un programme est brevetable enfin lorsqu'il fait partie d'un ensemble/invention brevetable, comme on l'a vu dans l'affaire Diamond.

Les logiciels sont brevetables aux Etats-Unis dans la mesure de leur proximité à la machine qu'ils font fonctionner. Les programmes-source sont toujours exclus. Seuls les programmes-objets sont susceptibles, en certaines occasions, d'être brevetés. Les didacticiels qui pourraient être brevetables doivent dès lors être, à toutes fins pratiques, des machines à enseigner, de nouveaux ordinateurs destinés spécifiquement à l'enseignement.

Un point reste néanmoins un peu vague, et c'est celui des méthodes. La décision rendue dans l'affaire Toma [54] laisse perplexe. Pourrait-on concevoir qu'une "méthode" d'apprentissage devienne brevetable dans une même veine ?

---

(53) La définition d'invention qu'on retrouve au chapitre P-4 de la loi canadienne (voir, supra, note 22) emploie le terme procédé.

(54) Op. cit., note 43.

Il nous semble toutefois que l'affaire Toma va trop loin et qu'elle n'est pas représentative de la situation véritable qui prévaut à l'heure actuelle aux Etats-Unis en matière de protection intellectuelle des logiciels. La modification apportée récemment au nouveau Copyright Act [55] démontre bien d'ailleurs que les logiciels ne sont pas brevetables, mais copyrightables [56], au sens où nous le verrons maintenant en étudiant la législation sur le droit d'auteur par rapport à la protection du logiciel.

B. Le droit d'auteur

Comme nous l'avons vu précédemment, les créateurs de logiciels attendaient du brevet d'invention qu'il protège l'idée, ou l'algorithme, qui fait l'intérêt véritable d'un programme. Ils ont été déçus pour les raisons que l'on sait, et il leur faut maintenant requérir une protection efficace du régime légal applicable aux droits d'auteur, sans quoi les seules dispositions du droit commun leur resteront accessibles.

Il faut naturellement nous demander au départ si la Loi sur le droit d'auteur [57] s'applique vraiment au domaine qui nous intéresse. Les logiciels constituent-ils des objets susceptibles de bénéficier du régime de protection offert par cette loi ?

---

(55) Nous entendons ici par nouvelle loi, celle de 1976, entrée en vigueur en 1978 (Copyright Act, 17 U.S.C.A.).
Cette loi a été modifiée en 1980 (Public Law 96-517, Dec. 12, 1980, affectant le § 117 du Titre 17 du United States Code).

(56) Voilà un bien curieux néologisme franglais que nous tentons de justifier un peu plus loin.

(57) S.R.C. 1970, c. C-30

Si l'on répond par l'affirmative à cette question, on devra établir au surplus l'étendue et la valeur de cette protection. Jusqu'à quel point un logiciel est-il effectivement protégé contre l'appropriation abusive d'un tiers ?

Cette dernière question n'est pas sans intérêt car elle soulève tout le problème du sens réel que l'on doit donner au terme droit d'auteur, tel qu'on le retrouve mentionné au chapitre C-30 des Statuts révisés canadiens.

Il faut noter dès lors qu'il n'existe pas au Canada, à l'heure actuelle [58], à toutes fins pratiques [59], de véritable droit d'auteur au sens continental du terme [60]. Notre loi sur le droit d'auteur se borne à ne créer effectivement qu'un copyright ou droit de reproduire des copies d'une oeuvre donnée.

La présente loi canadienne sur le droit d'auteur n'est pas plus moderne que la Loi sur les brevets d'invention que nous avons vue précédemment. Elle a été promulguée en 1924 [61] et elle découle de la loi britannique analogue

---

(58) Nous nous situons ici au 1er janvier 1984, conscient que le présent gouvernement annonce pour les prochains mois une loi renouvelée sur ce sujet.

(59) Une décision récente semble reconnaître l'existence du droit moral dont le principe est énoncé au 7ème paragraphe du l'article 12 du Copyright Act, édicté pour répondre aux exigences de la Convention de Berne. Elle s'applique à une sculpture, ce qui ne nous intéresse pas beaucoup ici.

(60) Le droit d'auteur comprend en Europe (sauf en Grande-Bretagne) le Copyright et le droit moral dont nous avons parlé en note précédente.

(61) Loi de 1921 concernant le droit d'auteur, S.C. 1921, c. 24, mise en vigueur le 1er janvier 1924.

de 1911 [62]. Cette législation descend elle-même en droit ligne du Statut d'Anne de 1710 [63] qui avait le copyright, et non le droit d'auteur, pour objet véritable. Cette loi tentait en effet de régler une fois pour toutes les querelles concernant le droit d'imprimer et de faire des copies d'oeuvres, qui agitaient le monde des éditeurs et imprimeurs depuis l'apparition même de cet art en Angleterre [64].

Nous ne parlerons donc pas de droit d'auteur au cours des prochains paragraphes, mais plutôt de copyright, et de copyrightabilité, afin de respecter l'esprit véritable de notre législation dans ce domaine.

Notre Copyright Act est tout aussi mécaniste que l'était la Loi sur les brevets que nous connaissons déjà. Elle ne prévoit pas non plus l'ordinateur. La communication électronique n'est pas son domaine. Elle ne connaît que la typographie. C'est d'écrit et de forme dont se préoccupe le Copyright Act, et on devine ainsi qu'une oeuvre sera d'autant mieux protégée par cette législation, qu'elle sera une oeuvre écrite sur un support tangible [65] et perceptible à l'oeil nu, la vision constituant le sens naturellement privilégié de l'imprimerie.

---

(62) 1-2 Geo V, c. 46.

(63) 8 Anne, c. 19.

(64) On pourra voir à ce propos, inter alia; L.R. Patterson, "The Statute of Anne: Copyright Misconstned", (1966) 3 Harvard Journal on Legislation, 223-255.

(65) La Loi sur le droit d'auteur, à l'article 3, par. 1, définit le droit d'auteur ou copyright comme "le droit exclusif de produire ou de reproduire une oeuvre, ou une partie importante de celle-ci sous une forme matérielle..." (c'est nous qui soulignons dans la citation).

Un logiciel ne sera-t-il donc admissible à la protection du copyright que s'il est assimilable à une oeuvre écrite [66] ? L'algorithme qu'il exprime, est-il couvert par cette loi ? Il est de jurisprudence constante que la seule forme des oeuvres est protégée par le copyright ! [67]

Au cours des prochains paragraphes, nous allons tenter d'évaluer dans quelle mesure cette loi de Gutenberg s'applique à la communication de McLuhan [68]. Nous le ferons à partir d'une jurisprudence qui, une fois de plus, sera américaine !

1. L'interprétation judiciaire des problèmes émanant de l'informatique

Nous nous retrouvons ici en effet devant un choix forcé. Il n'y a pas de décision canadienne qui a été rendue à ce sujet.

L'emprunt que nous faisons maintenant chez nos voisins, se révèle cependant plus dangereux que dans le cas des brevets d'invention. Les lois américaine et canadienne se rapprochaient beaucoup jusqu'en 1976, mais la nouvelle loi adoptée aux Etats-Unis a modifié un peu la situation à ce propos, bien que les principes fondamentaux de la législation ancienne n'ont guère été

---

(66) Au fil des ans, la protection offerte par le copyright a débordé l'écrit pour s'appliquer à la peinture, la sculpture et aux oeuvres dérivées des media artistiques mais nous ne traitons pas ici de ces questions.

(67) Mentionnons ici: Cuisenaire v. South West Imports, [1969] R.C.S. 208; Moreau v. Saint-Vincent, [1950] 3 D.L.R. 713; Deeks v. Wells, [1933] 1 D.L.R. 353; Obri c. Preston, (1922) 23 O.W.N. 309.

(68) Cf.: M. McLuhan, The Gutenberg Galaxy, Toronto, U. of T. Press, [1962]; id. Understanding Media, New York, New American Library, [1964]; id., The Medium is the Massage, New York, Bantam Books, [1967].

touchés par la loi nouvelle. La modification de 1980, concernant les logiciels, établit cependant une différence qui est, cette fois, fort nette !

Pour les raisons de similarité et de mimétisme rapportées dans le cas des brevets, il reste néanmoins intéressant de procéder à l'étude des quelques décisions que nous avons trouvées dans ce domaine aux Etats-Unis.

Cet ensemble est plus restreint que celui dont nous avons traité précédemment en matière de brevets d'invention. Son application éventuelle à l'état du droit canadien se révèle apparemment plus difficile. Il nous fraudra distinguer en effet entre deux groupes de décisions, soit celles qui ont été rendues avant, et celles qui ont été prononcées après la modification de 1980 du Copyright Act de 1976 [70]. Depuis lors, les programmes d'ordinateur constituent des objets susceptibles d'être protégés par un copyright en vertu d'une disposition légale qui n'existe pas au Canada.

L'affaire Harcourt, Brace & World v. Graphic Controls Corporation [71] attire d'abord notre attention dans les causes qui forment le premier groupe de décisions dont nous venons de parler.

La Cour de district de l'état de New York a été appelée dans cette affaire à décider si des feuilles de réponse distribuées à des étudiants dans le cadre de tests d'aptitude et d'intelligence constituaient des écrits

---

(70) 329 F. Supp. 517 (1971).

(71) Rappelons-nous la définition de copyright de la loi canadienne (cf. note 65).

(writings) au sens du Copyright Act de 1909. La réponse affirmative qui a été donnée par le tribunal à cette question enseigne quelques règles qui pourraient s'avérer utiles chez nous, d'autant plus que notre législation actuelle s'apparente à la loi américaine qui a été ici interprétée.

Les points suivants ressortent ainsi de l'affaire Harcourt:

- un écrit ne doit pas être nécessairement considérable pour bénéficier de la protection du copyright.

  Ce privilège n'est pas réservé aux grandes productions littéraires tel qu'on l'entend habituellement. Au Canada comme aux Etats-Unis, il y a oeuvre protégeable quand un message, si bref soit-il, a été écrit sur un support tangible en permettant la perception visuelle.

  Une oeuvre littéraire [72] peut ainsi reproduire une formule, une carte géographique, un poème, un ordinogramme ou un logiciel, compact... ou considérable.

- une oeuvre littéraire est une oeuvre protégeable même si elle est rédigée à l'aide de signes qui ne sont pas nécessairement les lettres et les chiffres conventionnels; l'usage de symboles est accepté si ces derniers se révèlent vraiment porteurs de signification.

---

(72) Voir la définition d'oeuvre littéraire à la loi canadienne. a. 2, 13ième alinéa français, et celle de toute oeuvre littéraire.... au dernier alinéa du même article.

Une autre affaire, Synercom Technology Inc. v. University Computing Company [73], reprend ce problème et l'éclaire un peu plus.

La Cour de district du Texas devait décider dans cette cause de la copyrightabilité de la documentation accompagnant des programmes destinés à l'organisation des données nécessaires à la résolution par ordinateur de certains problèmes d'ingénierie des structures et des formats d'entrée des données engendrés par ce logiciel.

Le problème de qualification de la documentation a été promptement réglé par le tribunal [74]. Il l'a assimilée à des oeuvres littéraires et l'a traitée comme telles, ne doutant jamais qu'elle ait formé une classe d'objets bénéficiant de la protection ordinaire du copyright.

Le problème concernant l'admissibilité des formats se révélait toutefois plus délicat !

Si le format produit est équivalent à une pure formule (blank form), il n'est pas protégeable parce qu'assimilable à une idée. Or, les idées ne peuvent être protégées par copyright. Cette institution n'offre le privilège du monopole d'exploitation qu'aux oeuvres "exprimées", et à la forme de cette expression.

---

(73) 462 F. Supp. 1003 (1978).

(74) Id., pp. 1014-1015.

Il fallait se demander dès lors si les formats produits exprimaient une idée dans le sens où l'entendait l'affaire Harcourt, sans quoi elles n'eussent pas été protégeables, et si cette idée était séparable de son expression, puisque seule l'expression se qualifie comme objet de protection par copyright.

Le tribunal a répondu par l'affirmative à ces deux questions.

Il retient dans le premier cas la ratio de l'affaire Harcourt. La présentation des données est rendue possible dans le programme étudié, par l'utilisation de certains codes, disposés dans un certain ordre, et cet ensemble de codes ordonnés d'une certaine manière constitue le format de présentation voulu par le programme. Concevoir un certain format constitue une idée, mais l'expression de cette idée par des symboles n'empêche pas que ce message constitue une oeuvre susceptible de recevoir la protection du copyright [75].

Le tribunal répond donc à la seconde question en constituant la divisibilité de l'idée et de son expression. La conception du format constitue une idée, et la traduction de cette idée dans un format donné, constitue l'expression protégeable [76].

Cette distinction peut s'appliquer à tout didacticiel, même canadien !

L'auteur de ces lignes a écrit récemment un petit programme qui a pour objet d'aider les étudiants en droit à qualifier les biens au sens des

---

(75) Id., pp. 1012-1014.

(76) Ibid.

articles 374 et ss. du Code civil. La démarche pédagogique de ce micro-système repose sur l'usage des opérateurs IF... THEN... ELSE.

Telle est l'idée du programme "BIENS" !

En écrivant "BIENS", l'auteur s'est servi des énoncés du langage BASIC IF... THEN... ELSE. On trouve dans ce programme des lignes telles que les suivantes:

```
570 PRINT @ 195, "Appliquez-vous au cas que vous étudiez, le critère
                 de Thibault c. De Coster ?"
572 INPUT  TP$
575 IF TP$ = "oui" THEN  700
576 IF TP$ = "non" THEN 2000 ELSE 570
577 CLS
```

Ce morceau de programme est une expression, soit celle qui peut être protégée par copyright !

Ces quelques exemples illustrent bien que les programme d'ordinateur étaient protégeables par copyright aux Etats-Unis avant 1980, et qu'ils le sont probablement de la même façon au Canada à l'heure actuelle, puisque les deux législations concernées s'appuyent sur des principes et une économie analogues.

Les transferts normatifs que nous nous sommes permis jusqu'ici, pourraient devenir toutefois discutables à partir du 12 décembre 1980, puisque la loi américaine change à ce moment-là. On considère maintenant en effet que les programmes d'ordinateur peuvent faire l'objet d'un copyright.

Nous devrions peut-être arrêter dès lors notre étude de la jurisprudence américaine à cause de ce changement, mais nous choisirons plutôt de continuer, afin de mesurer l'effet de cette législation sur l'état d'un droit qui, comme le nôtre actuellement, restait vague sur le sujet qui nous occupe.

L'étude de la législation et des quelques décisions qui ont été rendues immédiatement avant et peu après la modification de 1980, nous suggère les conclusions suivantes:

- les programmes-source qui étaient déjà copyrightables avant la nouvelle loi de 1980, le sont aujourd'hui indubitablement;

- les programmes-objet qui étaient autrefois considérés brevetables, risquent d'être aujourd'hui copyrightables.

Dans l'affaire Data Cash Systems v. JS&A Group, que nous avons citée précédemment [77], la Cour du district de l'état d'Illinois devant se prononcer sur une plainte en contrefaçon logée par le fabriquant du jeu/ordinateur Compuchess contre un concurrent qui avait incorporé en mémoire ROM à l'appareil dont il faisait le commerce, le même programme-objet qu'on retrouvait dans celui de Data Cash Systems.

Le tribunal a décidé dans cette cause que les ordinogrammes, programmes-source et programmes assembleurs des demandeurs, étaient protégés

---

(77) Voir note 1.

par le copyright, mais non les programmes-objet [78]. Les premiers logiciels sont assimilés à des ouvrages techniques. Les programmes-objet sont considérés être des outils mécaniques, des parties de la machine. Les ROM ne peuvent constituer des copies. On ne peut les lire à l'oeil nu [79].

Cette décision est importante pour nous, Canadiens, considérant l'état actuel de notre droit. Le tribunal applique ici la loi américaine de 1909, soit celle qui est la plus proche de la nôtre qui date de 1924. Nous croyons que nos tribunaux pourraient se prononcer d'une façon à peu près identique si un tel litige leur était soumis aujourd'hui.

Une autre décision, rendue cette fois par la Cour de district de Californie, vient toutefois apparemment contredire la décision rendue dans l'affaire Data Cash Systems.

En 1981, Tandy Corporation, les fabricants du TRS-80, ont intenté une action à Personal Micro Computers, reprochant aux défendeurs d'avoir copié à leur profit une routine ROM imprimée sur un chip, ayant pour objet de traduire en langage-machine des instructions présentées à l'ordinateur en langage informatique [80].

Ce programme est un programme-objet du genre que l'on a vu dans l'affaire Data Cash Systems. Les défendeurs affirmaient dès lors que la copie d'un chip sur un autre chip ne pouvait constituer une copie au sens de la loi améri-

---

(78) Id., p. 1068.

(79) Id., p. 1069.

(80) Tandy Corporation v. Personal Micro Computers, 524 F. Supp. 171 (1981).

caine sur le copyright, parce que le support de l'information ne permettait pas une perception visuelle du programme concerné.

Le tribunal a rejeté cette prétention, grâce à son exceptionnelle connaissance des techniques de fabrication des microprocesseurs.

Les parties n'ayant pas contesté que les programmes d'ordinateur pouvaient être protégés par copyright [81], et le tribunal ayant décidé qu'un chip pouvait constituer un medium tangible au sens de la Loi [82], une seule difficulté subsistait dès lors, soit celle de la perception visuelle du programme. C'est ici qu'entrent en jeu les recettes de la technologie moderne !

Un chip ne devient tel en effet qu'après une cuisson dans un four porté à quelque 2000° F. Les gaufrettes de chips sont enduites d'une émulsion de type photographique sensible uniquement aux rayons ultraviolets et recouvertes d'un masque avant d'être exposés à cette lumière. Ce masque est fort important. Il reproduit, sous une forme extrêmement réduite, le diagramme original des circuits qui forment le programme-objet. On retrouve dès lors sur le chip la reproduction d'une oeuvre facilement perceptible visuellement et, par conséquent, susceptible de la protection par copyright.

Cette décision a été rendue à partir du Copyright Act de 1976, ce qui semble la ranger dès lors dans le groupe de celles que les Canadiens ne devraient pas considérer comme possiblement applicables ici. Il ne faut pas oublier toutefois que le paragraphe 117 du titre 17 du United States Code n'avait pas

---

(81) Id., p. 173.

(82) Ibid.

alors été modifié et qu'il édictait au contraire le statu quo par rapport à la Loi de 1909 pour les programmes d'ordinateur. De la même façon que nous avons retenu l'affaire Data Cash Systems comme possiblement applicable chez nous, de même pouvons-nous le faire dès lors dans le cas présent, si bien que nous faisons face maintenant à des décisions qui paraissent contraires en matière de programmes-objet incorporés à un ordinateur en mode ROM.

Ce débat a-t-il été tranché par une troisième affaire qui viendrait s'ajouter aux précédentes ? Une telle décision s'appliquerait-elle possiblement au Canada ? Ouvrons encore nos recueils de jurisprudence !

Le 30 juillet 1982, Apple Computer requérait de la Cour de district de l'état de Pennsylvanie qu'elle émette une injonction ordonnant à Franklin Computer de ne plus utiliser une série de programmes stockés en mode ROM, qu'elle établissait être siens [83].

Le tribunal qui doit décider de l'émission d'une injonction, se trouve alors lié au départ par les règles qui gouvernent le droit pertinent à cette mesure provisionnelle spéciale. Le requérant doit convaincre la cour de la probabilité actuelle de son droit au fond et de l'irréversibilité des dommages qu'il subit si le geste reproché n'est pas immédiatement empêché.

L'injonction ne doit pas non plus faire à l'intimé plus de mal que nécessaire ni porter ombrage aux droits du tiers.

Devant toutes ces exigences, le tribunal doit nécessairement adopter une forme de raisonnement où la "chance" est donnée à la partie intimée. Le

---

(83) Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corporation, 545 F. Supp. 812 (1982).

magistrat se voit placé dans une situation où il a pour mission de jauger autant que de juger.

C'est l'attitude qu'adopte avec brio le juge Newcomer dans l'affaire Apple Computer. Il étudie soigneusement la loi et la jurisprudence qui s'appliquent en l'espèce et il conclut des faits et de l'état de la technologie dans le sens de l'affaire Data Cash Systems. Un programme-objet communique avec une machine. Il est incapable de créer une interraction. Un chip constitue un objet [84]. Il pourrait être brevetable, peut-être [85], mais il ne pourrait pas jouir de la protection du copyright.

La belle construction juridique échaffaudée par le juge Newcomer devait connaître une existence éphémère. Elle n'était pas vieille de trois jours qu'elle commençait déjà à se lézarder grâce à la décision rendue le 2 août 1982 par la Cour d'appel du 3ème circuit dans l'affaire Williams Electronics Inc. v. Artic International Inc. [86], où l'on se demandait si un chip pouvait constituer un objet susceptible de protection par copyright.

Comme d'autres cours de justice l'ont déjà fait [87], le tribunal n'hésite pas à répondre là-dessus par l'affirmative, jugeant à bon droit que les nouvelles dispositions du Copyright Act de 1976 font du chip un medium tangible d'expression au sens où l'entend le paragraphe 102(a) de cette loi.

---

(84) Id., pp. 823 et 825.

(85) Id., pp. 823, 824 et 825.

(86) 685 F. 2d 870 (1982).

(87) Par exemple, dans: Midway Mfg Co. v. Artic International, Inc., 547 F. Supp. 999 (1982); Atari, Inc. v. North American Phillips Consumer Electronic Corp., 672 F. 2d 607; Stern Electronics, Inc. v. Kaufman, 669 F. 2d 852 (1982); Midway Mfg Co. v. Drikschneider, 543 F. Supp. 466 (1981).

Une nouvelle décision, Apple Computer v. Formula International [88], fut ensuite rendue au même effet par la Cour de district de Californie, si bien qu'il semblait alors de plus en plus évident que la jurisprudence américaine rendrait définitivement accessible le régime du copyright aux programmes-objet et aux systèmes d'exploitation de toutes natures.

Le 30 août 1983, la Cour d'appel (3ème circuit) entendit enfin en 2ième instance l'affaire Apple Computer v. Franklin Computer [89]. L'arrêt ne devait pas décevoir ceux qui croyaient en la faculté de protéger les programmes-objet par copyright.

Dans une décision bien documentée, le tribunal assimile les logiciels à des "oeuvres littéraires" [90] et reconnaît qu'on puisse en assurer la protection par copyright, sans qu'il ne soit nécessaire de faire de distinction entre les programmes-source et les programmes-objet. Aucun passage du Copyright Act n'oblige à une telle différenciation [91]. Puisque tous les programmes, indépendamment de leurs fonctions propres, aboutissent à donner une quelconque instruction à l'ordinateur, pourquoi les traiterait-on de façon différente quant à la protection légale à leur accorder ? [32]

---

(88) 218 USPQ 47 (1983).

(89) 1983 Copyright Law Decisions § 25, 565 (18,337 - 18,352).

(90) Id., 18,344 - 18,345.

(91) Id., 18,349.

(92) Id., 18,348.

"[...] a computer program in object code embedded in a ROM chip is an appropriate subject of copyright", affirme sans ambage la Cour d'appel dans cette affaire maintenant célèbre [93].

Le problème de la copyrightabilité des programmes-objet nous semble d'ailleurs en sérieuse voie de règlement, même nonobstant l'affaire Apple et et indépendamment du fait que le programme ait un chip pour support. Le 3 février 1983, la Cour de district de l'Idaho s'est prononcée en effet dans ce sens en rendant jugement dans l'affaire Hubco Data Products v. Management Assistance Inc. [93a].

Dans cette cause, le tribunal a déclaré qu'un tel programme pouvait être protégé par un copyright même s'il n'était pas "visible". La Cour ne semble pas non plus mettre en doute qu'un logiciel de cette nature puisse constituer une oeuvre originale au sens du Copyright Act.

Les dés seraient-ils jetés définitivement en matière de protection des logiciels ? Essayons d'établir l'état présent du droit dans ce domaine.

2. Evaluation et tendances

Il appert ainsi de ce que nous savons maintenant que la tendance en faveur de la copyrightabilité des logiciels ne fait pas de doute.

---

(93) Id., 18,347; voir le commentaire de D. Chisum, [1983] 9 EIPR, 233.

(93a) (1983) 31 Journal of the Copyright Society 83; voir, au même effet, la décision rendue en France par le Tribunal de grande instance de Paris le 21 septembre 1983 dans l'affaire Golem ou Société Apple Computer c. Société Ségimex.

La législation américaine actuelle sur ce sujet se révèle fort convaincante; on vient même de porter au feuilleton de la Chambre des Représentants un Semiconductor Chip Protection Act of 1983, qui propose de protéger ces "puces" par un copyright valable pour 10 ans [93b].

Il n'est pas déraisonnable de croire ainsi que les juristes canadiens vont emboîter le pas et s'aligner sur les autres juridictions qui optent pour le copyright comme instrument de protection des programmes d'ordinateur. Toute l'économie de l'étude Palmer et Resendes repose d'ailleurs sur ce choix [94].

On peut suggérer dès lors une brève synthèse de l'état actuel de notre droit en matière de protection du logiciel.

Dans ce domaine, le copyright constitue la règle générale.

- Son application est indubitable pour tous les écrits au sens ordinaire du terme, qui couvre les ordinogrammes, manuels et cahiers de charges ou d'explication de toutes natures. Toute la documentation qui constitue, explique, expose ou accompagne un logiciel de quelque façon, bénéficie de la protection offerte par le copyright.

(93b) Voir à ce propos: (1983) 27 BNA's Patent, Trademark & Copyright Journal, 158.

(94) J. Palmer et R. Resendes, Le droit d'auteur et les ordinateurs, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services, [1982].

- Les programmes-source sont presqu'indubitablement tous susceptibles d'être protégés par copyright. Il ne manque au Canada qu'un texte de loi pour venir confirmer cette prétention hors de tout doute, comme c'est le cas aux Etats-Unis.

  Il importe de signaler ici que la valeur de cette protection peut être à l'occasion plus efficace qu'on ne le croit généralement. Elle est probablement toujours superficielle, mais elle n'est pas nécessairement illusoire. Dans le cas de certains problèmes, les formes d'expression ne sont pas plus nombreuses que les façons elles-mêmes de résoudre efficacement ces difficultés. Il se pourrait bien que le copyright atteigne la substance de certains algorithmes en prétendant ne protéger que leur seule forme.

- La règle qui vaut pour les programmes-source s'applique également aux logiciels assembleurs parce que nous ne voyons pas de différence de forme entre les deux types de programmes.

  Les langages informatiques devraient donc jouir en principe du même privilège.

- Tous les programmes, mentionnons-le enfin, restent brevetables lorsqu'ils sont parties intégrantes d'un procédé lui-même brevetable.

L'exploitant d'un système trouvera sans doute profit à munir ses travaux et logiciels des moyens de communication formels que la loi ou les conventions internationales mettent à sa disposition, pour protéger efficacement sa propriété intellectuelle reconnue par le Copyright Act.

La mention © devrait être ainsi apposée sur toute documentation entourant un logiciel quelconque [96].

Elle devrait apparaître tant sur les ordinogrammes et manuels, que sur les impressions qui émanent de l'ordinateur, sous forme "papier" ou par affichage sur écran cathodique. On pourrait même concevoir dans certains cas un affichage blanc qu'un programmeur pourrait faire paraître au cas de contrefaçon par un tiers.

Il ne faudrait pas oublier d'apposer en même temps la mention (TM), le cas échéant. Les propriétaires de logiciels auraient parfois intérêt à doter leurs systèmes d'une marque de commerce reconnue [97].

---

(96) L'enregistrement n'est pas essentiel au Canada pour obtenir un copyright. La mention © permet de bénéficier des avantages que procurent aux auteurs les dispositions de la Convention de Genève de 1952.

(97) Voir à ce sujet: Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, c. T-10.

Cet autre instrument de protection n'apporte évidemment rien de nouveau au bouclier de sauvegarde du logiciel lui-même, mais il peut faciliter grandement la preuve d'appartenance réelle des programmes concernés face à un contrefacteur donné [98].

"L'intérêt est la mesure des actions", nous dit le vieil adage de procédure civile, exprimant là une règle de comportement qu'on peut appliquer aux problèmes qui nous occupent. De même qu'on décidera pour des motifs économiques de recourir ou non à la protection supplémentaire de la marque de commerce, de même va-t-on choisir ou délaisser les monopoles d'exploitation qu'offre le législateur au propriétaire d'un savoir-faire par les moyens des lois sur les brevets d'invention ou le droit d'auteur.

Les avantages qu'offrent ces deux institutions ne sont pas sans contreparties négatives. Elles entraînent presque toujours la divulgation de l'information qu'on voulait précisément garder pour soi. En quelques occasions, le remède pourrait s'avérer pratiquement fatal ! De plus, il ne faut pas s'illusionner sur les résultats concrets produits par ces moyens légaux. Le copyright se révèle particulièrement faible en ne protégeant que la seule forme des algorithmes.

En maintes circonstances, on devra choisir de faire plus que simplement contrôler la circulation des informations concernant le logiciel dont on est propriétaire. Il faudra empêcher carrément sa dissémination. Il ne sera plus suffisant d'être discret et l'auteur du logiciel devra modifier sa stratégie. C'est alors que s'imposera la règle du secret !

---

(98) Voir: H.G. Fox, The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition, 3d ed., Toronto, Carswell, 1972, p. 21.

II. La stratégie du secret

Comme nous avons épuisé maintenant les lois spécialement consacrées à certains aspects de la propriété intellectuelle, c'est donc vers les règles du Droit qu'il faut maintenant nous tourner pour y organiser notre secret et puiser dans l'ensemble du droit commun les règles qui le gouverne. Notre jugement devant être correct, il nous faut d'abord éclairer les deux zones claires-obscures des définitions de droit commun et de secret. Il y a en effet danger que nous nous méprenions sur l'identité du droit commun qui s'applique au présent problème, même s'il ne fait pas de doute au départ qu'on entend par droit commun, celui qui s'applique en une juridiction donnée faute de législation spéciale au contraire.

Comme la juridiction fédérale canadienne est habilitée à légiférer en matière de brevet d'invention et de droit d'auteur par une loi qui était à l'origine britannique [99], on pourrait cependant croire que c'est la Common Law qui constitue, même au Québec, le droit commun applicable au problème qui nous occupe. Telle est la situation qui prévaut certainement dans les autres provinces canadiennes, mais pour quels motifs ?

Comme il ressort de la Loi constitutionnelle de 1867 et de son interprétation, chacune des juridictions créées par le Législateur possède des pouvoirs parallèles exclusifs dans les domaines qui lui sont impartis [100]. Le

---

(99) On se souviendra que la Loi constitutionnelle de 1867 (citée en note 14) est une loi qui a été adoptée par le Parlement du Royaume-Uni.

(100) Voir: Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion, (1896) 1 Olmsted 343; Attorney-General for Nova Scotia v. Attorney-General of Canada, [1951] R.C.S. 31.

Gouvernement fédéral possède ainsi un droit public et, en principe, un droit privé qui lui est propre [101]. Il en va de même pour tous les gouvernements provinciaux [102].

En matière de droit privé, la situation juridique qui prévaut diffère un peu de ce que l'on retrouve en droit public. Les dispositions du paragraphe 13 de l'article 92 épuisent à toutes fins pratiques ce champ juridictionnel au profit exclusif des provinces [103]. Ces dernières ont juridiction exclusive et absolue en matière de propriété et de droits civils, si bien que les pouvoirs du fédéral dans ce vaste champ législatif restent toujours exceptionnels et, par conséquent, limités [104].

---

(101) C'est le cas en matière de mariage et de divorce en vertu du paragraphe 26 de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867, mais on peut en dire autant pour le copyright et les brevets d'invention qui ne sont pas des droits publics.

(102) Les provinces ont juridiction sur leur droit public propre, en plus de détenir la compétence exclusive sur la propriété et le droit civil, comme nous le voyons au paragraphe suivant.

(103) Cette disposition nous ramène à l'Acte de Québec de 1774 qui assurait l'application du droit civil au Canada de l'époque. "La jurisprudence a interprété cette expression comme signifiant l'ensemble du droit privé, comme le rappellent les professeurs Brun et Tremblay dans Droit constitutionnel, Montréal, Blais, [1982], p. 32.

(104) Il nous semble que toutes les règles d'exception doivent être interprétées restrictivement par rapport aux principes généraux d'où elles émanent (cf: P.-A. Côté, Interprétation des lois, Montréal, Blais, [1982], pp. 439 et ss.).
Puisque les copyright et brevets d'invention appartiennent au droit privé et que ce dernier est de juridiction provinciale, ces sujets d'exception ne relèvent que restrictivement du pouvoir fédéral; le droit commun qui les régit de façon générale est donc celui imparti aux provinces, c'est-à dire le droit civil au Québec.

Les brevets d'invention et les droits d'auteur appartiennent à l'ensemble du droit privé. Ils font l'objet de droits de propriété et ils s'intègrent au patrimoine des individus et à l'actif des personnes morales. Ils appartiennent à la classification plus générale de la propriété intellectuelle dont le droit commun est au Québec celui du droit civil général.

C'est donc en ces termes qu'il nous faudra définir ici le droit commun applicable aux matières qui nous occupent, y compris pour ce qui concerne le secret. Nous tiendrons donc comme secret, toute situation juridique dans laquelle se retrouvent des personnes qui s'engagent à ne pas révéler des informations qu'elles détiennent ou que la loi oblige de cette façon au silence.

Comme nous le verrons dans les paragraphes qui vont suivre, il existe en effet des secrets volontairement créés par la convention entre les parties, et d'autres qui émanent de la loi seule.

A. Une logistique du secret

Il est ainsi des informations que des parties intéressées peuvent convenir de ne pas divulguer parce qu'elles touchent à la vie privée et l'intimité des personnes concernées [105]. L'intérêt est jugé parfois si grand que le Législateur intervient d'office [106].

---

(105) La protection de la vie privée constitue un problème de communication. Notre droit tente ici de protéger l'umwelt communicationnel qui entoure la vie privée des gens (voir notre étude Règles de droit et confidentialité, Chicoutimi, SOREP, 1983, pp. 49 et ss.).

(106) Par exemple: Loi sur l'accès aux documents des organismes public et sur la protection des renseignements personnels, L.Q. 1982, c. 30, et aussi: Loi sur l'adoption, L.R.Q., c. A-7, aa. 30, 31, 32 et 35; Loi sur la protection de la jeunesse, L.Q. 1977, c. 20, aa. 9, 26, 27, 58, 59, 82, 83, 96, 97 et 98; Loi sur l'assurance-maladie, L.R.Q., c. A-29, a. 63; Loi sur les allocations familiales, id., c. A-17, a. 21 etc...

En d'autres instances, l'intérêt économique guide plutôt les intéressés. Une entreprise qui aura par exemple beaucoup misé sur la réalisation d'un projet, entendra protéger son investissement en refusant qu'on dévoile les recettes de son savoir-faire, obligeant même les concepteurs et artisans de sa réussite à ne pas divulguer ailleurs les informations qu'elle estime siennes. Les parties vont créer alors ce secret industriel ou trade secret qui pourrait s'avérer bien utile aux propriétaires et concepteurs de logiciels prudents.

1. Un secret spécifique: le secret industriel

Le trade secret constitue une institution qui appartient a priori au droit anglo-saxon qui lui reconnaît et lui prête comme tel une existence autonome provenant autant de la Common Law que de l'Equity. Parfois unfair competition, parfois breach of confidence, le trade secret ne se laisse pas facilement définir. Les auteurs du Corpus Juris Secundum le décrivent laborieusement comme "an unpatented, secret, commercially valuable plan, appliance, formula, or process, which is used for the making, preparing, compounding, treating, or processing of articles or materials which are trade commodities; a secret formula or process, not patented, known only to certain individuals who use it in compounding or manufacturing some article of trade having a commercial value." [107]

La dominante pratique de cette définition nous entraîne presque à conclure que le trade secret constituerait un brevet d'invention si on suivait les règles pertinentes à cette institution, au lieu, précisément, de les éviter

(107) Corpus Juris Secundum, 2d. ed., vol 79, St.Paul, Minn., West Publishing, [1952]: voir au terme secret, p. 935.

soigneusement. Tel est d'ailleurs un peu le cas en Common Law ! Mais qu'en est-il en droit civil ? Connaît-on chez nous une telle notion ? Doit-on en restreindre la portée à ce qui, autrement, ferait l'objet d'un brevet d'invention ?

Le trade secret n'existe pas comme tel en droit civil. En recoupant toutefois certains éléments d'institutions comme la concurrence déloyale, l'enrichissement sans cause et l'obligation de confidentialité, on parvient à reconstituer une construction juridique qui s'y apparente au plus haut point. Nous allons choisir de l'appeler tout simplement secret industriel, et nous verrons que son effet peut dépasser effectivement les limites restreintes du trade secret.

Le contrôle de l'information

Notre secret industriel civil a pour objet des "inventions" au sens où on l'entend en Common Law [108]. Les litiges qui nous intéressent sont provoqués le plus souvent à l'occasion du départ de certains employés d'une entreprise où ils ont acquis des connaissances propres à un certain art et qu'ils souhaitent exploiter à leur profit.

La doctrine et la jurisprudence paraissent faire l'unanimité sur l'existence du secret industriel ou secret de commerce. Léon Faribault enseigne qu'un employé ne peut jamais divulguer les secrets de fabrication de son employeur à autrui, surtout si ce tiers est un concurrent de son patron [109].

---

(108) Par exemple: The Lange Cy v. Platt, [1973] C.A. 1068.

(109) L. Faribault, Traité de droit civil du Québec, T. 12, Montréal, Wilson & Lafleur, [1951], p. 336.

Nicole L'Heureux abonde dans le même sens; "[...] lorsqu'il y a un secret de commerce", affirme-t-elle, "l'employé ne peut ni le révéler ni le publier. Il s'agit d'une obligation implicite de son contrat." [110]

Monsieur le juge Batshaw reprend de son côté l'argumentation de Faribault dans l'affaire Grynwald v. Playfair Knitting Mills [111], et la Cour d'appel reconnaît encore la validité du secret industriel dans l'affaire Lange [112], même si elle déboute le demandeur de son action pour des raisons qui tiennent à la liberté de faire commerce.

Le contrôle du détenteur d'information

Nos tribunaux n'apprécient guère par contre les situations où une personne est empêchée de travailler et de gagner sa vie. Ils partagent l'opinion de Faribault qui ajoute à sa reconnaissance du secret industriel, que rien n'empêche en revanche le déterteur du secret d'en user pour son propre avantage, si l'objet du secret n'est pas par ailleurs protégé par un brevet d'invention [113],

"[...] les aptitudes d'un homme, son adresse, sa compétence, son habileté manuelle et mentale, toutes choses qui, en sain langage philosophique, ne sont pas objectives mais subjectives, ne peuvent et ne doivent pas être abandonnées par un serviteur; elles ne sont pas la propriété de son patron, mais sa

---

(110) N. L'Heureux, Précis de droit commercial du Québec, 2ème éd., Québec P.U.L., [1975], p. 109.

(111) [1959] C.S. 200.

(112) Voir note 108.

(113) Voir note 109, ibid.

propriété propre; elles sont sa personne même...", affirme la Cour d'appel dans l'affaire Lange [114].

Le secret industriel est reconnu dans notre droit et les clauses de non-concurrence le sont également. Il ne faut pas néanmoins abuser dans ce domaine où les tribunaux n'entérinent de telles dispositions qu'avec réticence.

Le secret industriel existe donc:

- quand il y a vraiment matière à secret et tant que dure la situation du secret;

- quand les détenteurs du secret connaissent l'intention de garder l'information secrète;

- quand ces détenteurs ont accepté de garder le secret [115].

Deux observations nous semblent ici importantes:

Premièrement - quand le propriétaire d'une information souhaite en empêcher la divulgation, il doit passer convention à ce propos avec les détenteurs de cette information; le contrat ainsi formé, qui devrait être écrit en raison de sa preuve éventuelle, doit contenir des clauses rendant évidente l'existence des conditions nécessaires au secret.

---

(114) Voir note 108.

(115) Voir: N. L'Heureux, op. cit., note 110, ibid.; H.G. Fox, op. cit., note 93, p. 654.

Deuxièmement - l'existence du secret dépend de la convention. Comme seuls l'ordre public et les bonnes moeurs empêchent la conclusion des ententes contractuelles, rien n'oblige que le secret dit industriel se limite à des objets qui seraient autrement brevetables. Le secret peut avoir n'importe quoi pour objet, y compris un logiciel.

Comme le débiteur du secret est le plus souvent un employé, des limites vont s'imposer à l'étendue du secret.

. les clauses de non-concurrence sont admises en droit québécois, mais elles doivent être raisonnables - quant à leur objet;
- dans le temps, et
- dans l'espace. [116]

. en revanche, l'ex-employé, tenu ou non au secret, ne doit pas exploiter les informations dont il était détenteur d'une manière telle qu'on puisse croire qu'elles émanent toujours exclusivement de leur propriétaire original. Il y aurait là manque de loyauté envers le grand public.

Voilà d'ailleurs une notion, celle de loyauté, qui mérite bien d'attirer notre attention. Si le propriétaire d'une information doit être prudent, il faudrait bien en revanche que son détenteur soit loyal.

---

(116) N. L'Heureux, op. cit., note 110, pp. 111 et ss.

2. Un état général de secret: la loyauté dans l'emploi

Il nous semble naturel en effet que le contrat de louage d'ouvrage repose sur une relation de confiance mutuelle entre l'employeur et l'employé. Alors que ce dernier s'attend à être rémunéré correctement de ses services, le patron croit à la loyauté de la personne qu'il a engagée et qui devrait travailler dès lors dans le même sens que lui. L'obligation de loyauté constitue l'engagement même implicite que contracte un préposé à l'égard de son commettant, de remplir ses fonctions avec droiture et dans le juste intérêt de l'entreprise.

Le fondement moral de cette obligation civile est évident. Son exécution devient si intimement liée à la conscience et à la personnalité de celui qui l'assume, qu'elle transcende la durée du contrat d'engagement pour subsister même après la conclusion du louage d'ouvrage. Nul tribunal n'accepterait d'entériner le dommage injustifiable que l'ancien employé d'une entreprise pourrait causer à cette dernière en divulguant sans droit les informations liées à sa survie même. Il y aurait là malhonnêteté fautive.

Il n'est malheureusement pas facile de définir l'objet d'obligations aussi vastes et imprécises que celles qui reposent sur la bonne foi et l'honneur. La vertu se négocie bien mal !

Nous allons tenter néanmoins de suggérer maintenant quelques procédures permettant de rappeler aux personnes intéressées les obligations auxquelles elles s'engagent naturellement, en s'intégrant comme employé à une entreprise que nous supposerons reliée au monde de l'informatique.

Par quels moyens, et dans quelle mesure, peut-on lier conventionnement un préposé à garder secret sur les logiciels développés ou acquis par l'entreprise qui l'engage, même après le terme de son emploi ? Voici la question que nous nous posons maintenant !

La discrétion conventionnelle des employés

Comme nous le savons maintenant, il est difficile d'assurer juridiquement un secret absolu sur l'information dans l'entreprise. Les tribunaux répugnent à l'idée qu'une personne s'oblige à oublier les connaissances et le savoir-faire qu'elle a acquis chez un employeur précédent. Il est sans doute plus sage d'espérer ici une discrétion réaliste qu'un secret illusoire: mais raisonnons en fonction de ce dernier état, en croyant que le plus inclura le moins.

Dans ces conditions, il faut donc créer un climat de discrétion et de loyauté ou un état de secret, dans une forme dont la solennité accentue et souligne le caractère d'importance particulière qu'on attache à l'information concernée. Si on ne souhaite créer qu'une obligation générale de discrétion, on pourra se contenter d'insérer des clauses à cet effet dans le contrat général d'engagement, mais s'il faut assurer la confidentialité d'un travail particulier, il vaudrait mieux procéder par une déclaration solennelle idoine.

Nous suggérons maintenant deux formules déclaratives. Elles servent d'exemples seulement. On comprendra en effet que toutes les variations restent possibles en raison de la multitude des situations propres à chacun.

La première formule se veut générale. Elle excède la superficialité du serment des fonctionnaires [117] et concerne plus spécifiquement le travail de l'informaticien ou de celui qui oeuvre dans un domaine connexe. Sa teneur accorde beaucoup d'importance au point capital de la propriété des oeuvres à propos desquelles l'employeur veut s'assurer de la discrétion et de la loyauté de son préposé. La propriété est importante. Ne constitue-elle pas le plus complet des droits réels ? [118]

La seconde formule ne reprend pas cet objet parce qu'on suppose qu'elle s'ajoute à la première. Elle a plutôt pour objet principal d'assurer la non-divulgation des informations à protéger. Sans doute pourrait-elle faire constater un état de secret industriel dans le sens où nous l'avons vu précédemment.

FORMULE 1

ENGAGEMENT DE DISCRETION ET DE LOYAUTE

Je, _____,

déclare que:

1. Je suis présentement à l'emploi de _____

_____

2. J'occupe la fonction de _____

_____

(117) Le texte de ce serment est rapporté à l'Annexe B de la Loi sur la fonction publique, L.R.Q. c. F-3; l'article 48 de cette loi nomme les fonctionnaires qui doivent ce serment.

(118) M. Tancelin, Théorie du droit des obligations, Québec, P.U.L. 1975, p. 2.

3. Je comprends et accepte que toute analyse ou planification, logiciel ou produit de toute nature provenant du travail exécuté dans l'exercice de mes fonctions, est la propriété de mon employeur.

4. Je déclare mon employeur propriétaire de tous droits afférants à mes travaux, y compris les brevets d'invention qui en découlent, ou les droits d'auteur pertinents, au sens, entre autres, du paragraphe (3) de l'article 12 [119] de la Loi sur le droit d'auteur, dont j'ai pris connaissance.

5. Je m'engage à ne rien faire qui puisse nuire à mon employeur durant la durée de mon emploi, tant par des actes ou agissements répréhensibles que par des révélations intempestives quant à la nature et au contenu de mes fonctions.

6. Je considère que je devrai rester en ce sens loyal à mon employeur actuel même après la fin de mon engagement.

7. Je comprends et accepte, dans le cadre des lois en vigueur et des présentes convention collectives, que mon employeur prenne toute sanction qu'il jugera nécessaire d'appliquer à mon encontre, y compris le renvoi, au cas d'infraction de ma part au présent engagement, le tout sans préjudice aux actions pénales ou civiles qu'il pourrait intenter contre moi.

Signé à _____

Le _____

(119) Ce sera l'article 11 dans le cas du fonctionnaire.

FORMULE 2

DECLARATION SOLENNELLE DE LOYAUTE ET DE DISCRETION

Je, _____

constate les faits suivants:

1. Je suis présentement à l'emploi de _____
_____,
et mon affectation est reliée au projet _____
_____.

2. En ce jour du _____,
mes fonctions consistent à _____
_____.

3. Je comprends que mon employeur veut garder secret tout savoir faire, documentation ou techniques relatifs au projet concerné.

Je prends l'engagement solennel aujourd'hui de ne rien dévoiler à qui que ce soit à propos du projet auquel je suis affecté ou à celui de toute personne qui y travaille.

Je continuerai à garder le secret même quand le projet sera terminé ou lorsque j'aurai quitté le projet, et même au-delà de mon engagement auprès du présent employeur.

Je comprends et accepte que toute infraction de ma part au présent engagement peut me valoir des sanctions apropriées de mon employeur, allant jusqu'au renvoi, et ce, sans préjudice de tout recours pénal ou civil que celui-ci pourrait prendre contre moi.

Signé à _____

Le _____

Les obligations que ces formules d'engagement stipulent sont contraignantes à la mesure de la conscience des débiteurs qui les assument. Une entreprise devrait peut-être toujours contribuer à leur efficacité en intégrant à ses systèmes de traitement de l'information un ensemble de procédures et sous-systèmes de sécurité appropriés. On peut fractionner par exemple les responsabilités imparties aux personnes concernées ou établir des contrôles de circulation de la documentation [120]. Un système de sécurité est d'autant plus efficace qu'il empêche physiquement de succomber à la tentation plutôt que de simplement inciter à ne pas pécher.

On peut imaginer ici des systèmes dont la programmation ou le concept même rendent certains actes de piratage ou de détournement perceptibles quand ils sont commis. Il n'est pas impossible de concevoir encore des procédures permettant de garder inaccessibles, sous clés ou dans des voûtes étanches, les programmes et logiciels qu'on veut garder secrets. Les mots de passe, les cryptogrammes et hiérarchisations d'accès s'ajoutent à cette panoplie d'armes défensives contre la fraude et l'intrusion.

De telles mesures coûtent cependant fort cher, d'où doit-on se contenter le plus souvent de prêcher la bonne conduite. C'est le choix qu'a fait le Gouvernement du Québec comme nous le verrons en analysant le régime général de discrétion imposé au personnel de la fonction publique.

---

(120) J. Martin, Security, Accuracy, and Privacy in Computer Systems, Englewood Cliffs, J.J., Prentice - Hall, [1973], pp. 537-538.
L'auteur traite ici de protection des données, mais certaines de ses suggestions pourraient s'appliquer mutadis mutandis au problème qui nous occupe.

La discrétion statutaire des fonctionnaires

Il découle du seul statut de fonctionnaire l'obligation pour l'employé de la Couronne d'obéir à certaines règles de comportement requises dans l'exercice de ses responsabilités [121]. Tout employé permanent de l'Etat québécois doit ainsi jurer de sa bonne conduite en vertu de l'annexe I édicté par la Loi sur la fonction publique [122].

L'objet précis de ce serment reste un peu ambigu en ce sens qu'il engendre l'adhésion à des règles imprécises de loyauté et de discrétion dont les bénéficiaires sont le Gouvernement dans le premier cas et l'employeur public et les administrés dans la seconde hypothèse. Le fonctionnaire s'engage à ne rien dévoiler de ce qui lui a été confié dans l'exercice de ses responsabilités et il doit obéir à une règle certaine de confidentialité, mais lui faut-il être également si discret qu'il doive refuser de communiquer des informations qui ne révèlent rien sur la vie privée de qui que ce soit ? Pourrait-on, à l'inverse, lui soutirer la production d'un document exposant un logiciel en utilisant les pouvoirs reconnus au public par la Loi sur l'accès aux documents publics et sur la protection des renseignements personnels ? [123]

Le serment d'allégeance prévu par la Loi sur la fonction publique nous apparaît trop général pour permettre d'assurer même partiellement la non-divulgation des logiciels, et nous ne nous arrêterons donc pas à en étudier ici la portée.

---

(121) René Dussault fait l'exposé de ces règles dans son Traité de droit administratif, T. I, Québec, P.U.L. 1974, pp. 271-300.

(122) Voir note 117.

(123) Voir note 106.

La disposition prévue au premier alinéa de l'article 22 de la Loi sur l'accès aux documents publics... nous semble par ailleurs suffisante pour justifier la position d'un fonctionnaire qui refuserait de présenter à un éventuel requérant le document qui exposerait un logiciel, si ce savoir-faire constitue un secret industriel. Faudrait-il dès lors que les informaticiens et médiatiseurs de la fonction publique signent des engagements de la nature de ceux que nous avons vus précédemment pour pouvoir opposer le secret à un curieux indiscret ?

Il faut nous interroger ici non seulement sur l'efficacité des moyens de protection statutaires que prévoit la loi, mais aussi sur l'identité des gens qui gravitent dans le vaste monde de l'éducation. Certains sont fonctionnaires, d'autres pas. Certains travaillent dans le cadre d'un contrat de services [124], et d'autres, d'un contrat pour services [125]. Dans quelle mesure ces personnes peuvent-elles être considérées auteurs au sens de la Loi sur le droit d'auteur?

Tous ces problèmes ont été soumis à l'attention du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal qui les a résolus dans une brillante étude dirigée par Christian Vincke [126]. Cet ouvrage fait autorité et nous allons adopter ses conclusions en toute confiance, commençant par la définition de fonctionnaire qu'on nous y propose.

---

(124) Nous entendons ici par contrat de services, le contrat de louage par lequel se crée un lien de préposition entre le locataire et le locateur de services.

(125) Nous assimilons ici le contrat pour services au contrat d'entreprise qui est "un contrat par lequel l'une des parties, l'entrepreneur, s'oblige à faire un travail quelconque pour le compte de l'autre, le maître ou propriétaire, moyennant un certain prix et sans qu'il existe entre elles un lien de subordination" (T. Rousseau-Houle, Précis du droit de la vente et du louage, Québec, P.U.L. 1978 p. 323).

(126) C. Vincke, et P.-A. Côté et V. Nabhan, Problème de droit d'auteur en éducation, Québec, Editeur officiel, 1977 ; nous allons citer maintenant cet ouvrage sous l'appellation abrégée de rapport Vincke.

Dans l'optique de cette étude, le fonctionnaire est un préposé de la Couronne québécoise [127]. "[...] les oeuvres produites par ces employés, sont des oeuvres produites par la Couronne ou, du moins, par son entremise." [128] "Cependant," poursuivent les auteurs, "il faut prendre garde de confondre un employé de l'Etat et une personne engagée par l'Etat en qualité d'entrepreneur indépendant." [129] On serait mal avisé de passer outre à cet avertissement ! Les intervenants sont nombreux dans le domaine de l'Education, et la création de didacticiels n'en diminue ni le nombre ni la diversité. On y trouve:

1. les employés du Ministère de l'Education.

2. le personnel enseignant et non-enseignant, aux niveaux primaire et secondaire
   - du secteur public dans les commissions scolaires;
   - du secteur privé dans les institutions régies par la Loi sur l'enseignement privé [130].

3. le personnel enseignant et non-enseignant au niveau collégial
   - du secteur public dans les Collèges d'enseignement général et professionnel (CEGEP) [131]
   - du secteur privé dans les institutions reconnues par la loi.

---

(127) Rapport Vincke, p. 108.

(128) Ibid.

(129) Ibid.

(130) Loi sur l'enseignement privé, L.R.Q. c. E-9.

(131) Loi des collèges d'enseignement général et professionnel, L.R.Q. c. C-29.

4. le personnel enseignant et non-enseignant au niveau universitaire,
   - de l'Université du Québec [132], qui constitue ici le secteur public;
   - des autres universités qui composent le secteur privé.

5. les entrepreneurs "indépendants", provenant des affaires et de l'industrie en général.

Répondant avant nous au problème de rattachement et de qualification des personnes auxquelles nous nous intéressons, l'équipe de Christian Vincke a retenu le critère du mandat [133] pour établir les distinctions qui s'imposent. Lorsqu'une personne est considérée dans l'exercice de ses fonctions comme mandataire de la Couronne, elle est tenue pour fonctionnaire de sorte que les oeuvres qu'elle produit, appartiennent à l'Etat au sens de l'article 11 de la Loi sur le droit d'auteur. La problème se règle dans le cas contraire en appliquant le paragraphes 1 ou 3 de l'article 12 de cette même loi, suivant que l'auteur reste présumé titulaire du copyright protégeant l'oeuvre concernée ou qu'un employeur éventuel est ou devient le titulaire du copyright.

Nul problème n'existe évidemment pour les employés réguliers du Gouvernement dont on connaît déjà la situation. Seul l'état des personnels enseignants et non-enseignants (que nous allons englober sous le seul terme

---

(132) Loi sur l'Université du Québec, L.R.Q., c. U-1.

(133) Rapport Vincke, op. cit., note 126, p. 110.

de professeur [134]) soulève des questions, et encore en règle-t-on le sort sans trop d'hésitations.

"A notre connaissance", affirment les auteurs du rapport Vincke, "aucune institution publique d'enseignement ne s'est vue reconnaître la qualité de mandataire du Gouvernement." [135] Le cas des commissions scolaires paraît clair. Elles sont indépendantes du Gouvernement et leurs employés ne sont pas des fonctionnaires au sens ordinaire de ce terme [136].

Il semble qu'une réponse identique doit être apportée dans le cas des CEGEPS bien qu'ils soient des créatures directes de l'Etat. La jurisprudence se montre réticente à reconnaître les établissements d'enseignement comme mandataires de la Couronne [137].

Pour cette même raison, l'Université du Québec n'appartiendrait pas non plus à la catégorie des mandataires du Gouvernement [138], avec les conséquences qu'on devine quant à l'application de la Loi sur le droit d'auteur à son endroit.

Mais les professeurs qui ne sont pas des fonctionnaires, ne sont-ils pas des préposés de leurs employeurs respectifs ? Les oeuvres qu'ils produisent, seraient-elles présumées appartenir à leurs patrons vu les normes du paragraphe 3 de l'article 12 du Copyright Act ?

---

(134) Voir néanmoins nos remarques, infra, note 140.

(135) Rapport Vincke, op. cit., note 126, p. 110.

(136) Id., p. 112.

(137) Id., p. 113.

(138) Id., p. 114.

On serait tenté de conclure en ce sens mais une réponse différente s'impose à l'étude de notre droit sur ce sujet. Tous les professeurs sont présumés auteurs au sens du paragraphe 1 de l'article 12 dont on parle.

Historiquement, les professeurs des niveaux primaire, secondaire, et même collégial exercent leur emploi dans le cadre d'un contrat de services où l'enseignement constitue la prestation presqu'unique qu'on leur demande. Tout ce qui excède cette activité n'appartient pas à leurs fonctions normales, sauf stipulations contraires. Comme les conventions collectives actuelles n'incluent pas la recherche ou la conception de didacticiels dans les tâches qu'on requiert des professeurs, ces derniers sont donc présumés auteurs de leurs productions dans ce domaine [139].

La règle devrait être naturellement contraire dans le cas des professeurs d'universités ! Il s'est néanmoins établi sur nos campus au fil des ans une coutume à l'effet que les enseignants restent auteurs de leurs productions; cette pratique équivaut à stipulation contraire dans le cas qui nous occupe [140].

La situation paraît compliquée. Essayons-nous à l'élaboration d'un tableau-synthèse clair !

---

(139) Id., pp. 91 et ss.

(140) Id., pp. 101-103; le personnel non-enseignant peut-il être assimilé aux professeurs dans le cas des universités ? Il est loin d'être certain que toutes les personnes concernées ici soient appelées à remplir des fonctions de recherche proprement dites. L'analyste de système qui travaille à un programme de paye et celui qui conçoit un didacticiel, occupent-ils des postes identiques pour les fins qui sont les nôtres ici ?

Qualité de l'auteur	Propriété présumée du copyright	Effet de la stipulation contraire	Remarques
1. Fonctionnaire	La Couronne (a. 11)		C'est la règle générale no 1.
	SAUF Stipulation contraire	Le fonctionnaire est présumé auteur (a. 12(1))	
2. Professeur	Le professeur (a. 12(1))		C'est la règle générale no 2.
	SAUF Stipulation contraire	L'employeur du professeur est alors présumé auteur (a. 12(3))	
	OU		
	Publication par la Couronne	La Couronne est alors présumée auteur (a.11)	Voir: rapport Vincke pp. 122-124
	SAUF Stipulation contraire	Le professeur est présumé auteur (a. 12(1))	Il peut y avoir ici stipulation contraire en faveur de l'employeur (a. 12(3))
3. Professeur (université)	L'employeur (a. 12(3))		
	SAUF Stipulation contraire	Le professeur est présumé auteur (a. 12(1))	C'est la règle générale no 3. La coutume vaut stipulation contraire Il faut y avoir stipulation contraire pour que l'employeur soit présumé auteur (a. 12(3)).

B. Contrats pour services

	OU		
	Publication par la Couronne	La Couronne est alors présumée auteur (a. 11)	Voir: rapport Vincke, pp. 122-124.
	SAUF Stipulation contraire	Le professeur est présumé auteur (a. 12(1)).	Application de la règle générale no 3.
4. Co-contractant	Le co-contractant (a. 12(1))		C'est la règle générale no 4.
	SAUF Stipulation contraire	Suivant convention	La stipulation peut faire de la Couronne l'auteur présumé (a. 11).
	OU		
	Publication par la Couronne	La Couronne est alors présumée auteur (a. 11)	Voir: rapport Vincke, pp. 122-4.
	SAUF Stipulation contraire	Le co-contractant est alors présumé auteur (a. 12(1))	On peut stipuler alors, entre autres, qu'un préposé du co-contractant soit présumé auteur par dérogation à l'a. 12(3).

Le tableau que l'on vient de voir a pour but de mettre en lumière les points principaux où la convention peut intervenir pour appuyer ou changer les règles générales et exceptionnelles qui découlent de l'application de la Loi sur le droit d'auteur dans le monde de l'éducation.

La stratégie des parties s'articule à partir d'un objectif, celui de la propriété, et d'une problématique, celle du contrôle.

L'intérêt de détenir la propriété des logiciels et des droits qui en découlent, se comprend facilement comme on l'a vu déjà. Le droit de propriété est perpétuel, général, exclusif et absolu [141]. C'est le plus complet de tous les droits et il permet de détenir le contrôle du bien approprié.

Ce pouvoir se révèle intéressant pour la Couronne qui jouit de privilèges spéciaux sous l'empire de l'article 11 de la Loi sur le droit d'auteur. Elle est présumée propriétaire du copyright touchant non seulement les oeuvres qu'elle prépare par l'entremise de ses préposés, mais encore de celles qu'elle publie ou qui sont réalisées sous son contrôle et sa surveillance, même si ce sont effectivement des tiers qui les composent [142].

Devrait-elle dès lors toujours stipuler en ce sens lorsqu'elle contracte avec des tiers ? On aura noté au tableau précédent que l'auteur véritable des oeuvres protégées bénéficie de la présomption édictée au premier paragraphe de l'article 12 de la Loi :

---

(141) J. Goulet, A. Robinson et D. Shelton, Théorie générale du domaine privé, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, p. 133.

(142) Rapport Vincke, op. cit., note 126, pp. 120 et ss.

Tel est le dernier problème que nous allons maintenant aborder, en étudiant les relations qui vont exister entre la Couronne et les organismes et personnes qui travaillent pour elle dans le cadre d'un contrat pour services, ou qui échangent avec elle des systèmes et logiciels au sein des conventions traditionnelles de la vente et du louage.

B. Une pratique conventionnelle du secret

Nous allons continuer à planifier notre démarche au cours des paragraphes qui vont suivre, sur les deux notions-clés que nous avons déjà identifiées, soit celles - de la propriété du savoir-faire,

et celle

- du contrôle de la circulation de cette information.

Comme la seconde notion est accessoire à la première, il devient difficile de garder sur elle la mainmise, lorsque les biens d'où elle émane ont été aliénés à une tierce partie. Il faut alors inventer un droit de suite sur l'information, qui n'entrave pas en même temps la validité des contrats d'entreprise et de vente simple que nous allons maintenant étudier, avant de nous arrêter à la licence et au louage de choses qui ne présentent pas ces difficultés.

1. La conservation du secret

Il est impossible de garder entre les mêmes mains le droit de propriété et le pouvoir de divulguer ou d'empêcher la dissémination des informations

au cas d'aliénation [143]. Nous devrons par conséquent nous contenter d'imaginer des moyens qui permettent à l'auteur d'un logiciel de pouvoir en contrôler au moins partiellement la destinée, par des stipulations qui respectent les règles fondamentales du droit civil.

Comme aucune hypothèse vécue ne nous est soumise, nous allons nous placer dans deux situations factuelles différentes. Supposons dans le premier cas que la Couronne est "acquéreure", en ce sens que c'est celle qui réclame un service d'une autre partie contractante. Nous verrons ensuite le cas où la Couronne vend un système et qu'elle a intérêt à préciser plutôt qu'à requérir des droits sur les biens cédés.

Commençons donc par l'hypothèse où la Couronne demande à une tierce partie de réaliser pour elle un système quelconque, devenant ainsi partie à un contrat d'entreprise.

Le contrat d'entreprise

Ce contrat ne nous est pas inconnu. Nous l'avons vu déjà sous l'appellation de contrat pour services [144] et nous savons déjà qu'il se distingue du contrat de services, ou louage d'ouvrage ou de services, par le fait que la partie exécutante des services n'est pas subordonnée à l'autre partie dans la façon d'accomplir sa prestation.

---

(143) Le contrat d'aliénation est celui qui rend l'acquéreur détenteur du droit de propriété sur la chose cédée; cf. aa. 1022 ali. 2 et 1025 ali. 1 C.c.

(144) Voir la définition rapportée en note 125.

Indépendant, le co-contractant est donc présumé auteur des logiciels qu'il conçoit [145].

Il ne le serait pas toutefois si la convention qui l'unit à la Couronne se révélait être un mandat [146] ou un simple louage d'ouvrage [147]. Les dispositions de l'article 11 de la Loi sur le droit d'auteur jouerait alors en faveur de la Couronne qui serait propriétaire des travaux au fur et à mesure de leur réalisation [148].

Nous supposons que la Couronne devient tôt ou tard propriétaire des logiciels entrepris par le tiers contractant. En ce sens, tout contrat d'entreprise portant sur la confection d'un bien est plus ou moins équivalent à la vente d'une chose future, et il suppose en principe un transfert inéluctable de propriété de ce bien lorsque les travaux sont complétés.

Le droit d'auteur afférant au logiciel produit devrait donc suivre le bien tranféré vers l'acheteur ou l'acquéreur de services comme l'accessoire de son principal, mais cette règle ne joue pas automatiquement de cette façon en matière de copyright. Il faut prévoir une clause particulière à cet effet au contrat qui unit les parties, si on veut s'assurer que le demandeur du logiciel

---

(145) Il l'est en raison du paragraphe (1) de l'article 12 de la Loi sur le droit d'auteur.

(146) "Le mandat est un contrat par lequel une personne, qu'on appelle le mandant, confie la gestion d'une affaire licite à une autre personne qu'on appelle le mandataire, et qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exécuter." (a. 1701 C.c.).

(147) "Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel le locateur s'engage à faire quelque chose pour le locataire moyennant un prix." (a. 1165 a C.c.).

(148) Le louage d'ouvrage dont nous parlons ici n'est évidemment pas celui du contrat d'entreprise, où le transfert des risques s'opère à la tradition ou lors de la mise en demeure de prendre livraison.

acquiert bien au terme du contrat les droits de propriété intellectuelle qu'il souhaitait détenir.

Notre problème se situe dans le temps pour tous les contrats d'entreprise qui nous intéressent. Il nous faut savoir ce qu'il advient des informations ou logiciels produits entre le moment de leur structuration et rédaction et celui de leur livraison. Il subsiste au cours de cette période des risques de divulgation préjudiciable, puisque ces biens se trouvent alors en possession du cocontractant et sous sa responsabilité propre.

Il serait dès lors sage de prévoir aux contrats ou avant-contrats d'entreprise des clauses par lesquelles:

- le contractant s'engage à tenir et garder secrète la documentation et toute information qui lui aura été remise ou divulguée par la partie "acquéreure".

  > Suivant l'intensité de l'obligation qu'on désire créer, on verra à renforcer cette disposition d'une obligation accessoire de garantie par cautionnement ou autrement.[149]

- le contractant s'engage à garder le secret sur les travaux faits, au fur et à mesure de leur réalisation.

- le contractant s'engage à garder confidentiels tous les documents relatifs au projet concerné (v.g. cahiers des charges, spécifications, expertises, ordinogrammes, formules d'implantation etc...).

---

(149) Nous allons suggérer plus loin des clauses identiques à celles que nous venons de voir. Nous ne referons plus de remarque concernant les obligations accessoires mais elles restent possibles sous diverses formes dans tous les cas.

- le contractant prend fait et cause du secret pour le compte de ses préposés.

- il s'oblige à remettre la documentation consultée au terme du contrat, y compris les copies qu'il a dû faire en cours de travail.

- il s'engage à ne pas débaucher à son profit les préposés de "l'acquéreure" pendant ou après le contrat.

Il faut également prévoir alors:

- l'objet spécifique des transferts de propriété portant sur les objets matériels et les droits impliqués dans la transaction.

  Programme-objet ? Programme-source ? Programme d'application ? Interface ? Routine de télécommunication ? Assembleur ? Manuels ? Brevets d'invention et copyright ? Supports d'informations ? Machines spéciales ?

- le caractère d'exclusivité de ce transfert.

  Le contractant peut-il vendre à autrui un autre "exemplaire" du système ?

On pourrait ajouter à ces quelques suggestions bien d'autres clauses utiles, mais chacune de ces conventions constitue un cas d'espèce qu'il faut modeler suivant les circonstances.

Nous allons procéder de la même manière dans le cas de la vente.

Le contrat de vente

Nous allons supposer maintenant que la Couronne cède à une autre partie un logiciel dont elle est propriétaire.

Dans le cas de vente, ou de toute autre forme d'aliénation [150], les droits de celui qui cède sa propriété, sont d'autant mieux protégés qu'il livre le moins de choses possible tout en gardant un contrôle maximal sur la plus grande partie possible de ce qui a dû être remis. Nous croyons dès lors que la Couronne venderesse protégera d'autant plus ses investissements en savoir-faire si elle se soucie, entre autres, de vérifier les points qui suivent.

- l'objet de la vente doit être clairement décrit.

> Que cède-t-on ici ? Un programme-objet ? Le programme-source ? Les programmes d'opération ? Des assembleurs ? Des routines ? Des manuels ? Des méthodes d'emploi ? Un copyright ?

- les aliénations subséquentes ne devraient pas être ignorées de la venderesse.

> Les dispositions de l'article 970 C.c. empêchent de stipuler la prohibition d'aliéner la chose cédée à titre onéreux, mais il est possible d'imposer une obligation d'informer la venderesse de toute aliénation postérieure.

---

(150) Voir notre définition à la note 143:
"La vente est un contrat par lequel une personne donne une chose à une autre, moyennant un prix en argent que la dernière oblige de payer". (a. 1472 ali. 1 C.c.)

Dans le cas d'aliénation à titre gratuit, on pourrait empêcher l'acquéreur d'exploiter le système ou le logiciel sur une base commerciale.

- l'acquéreur devrait s'engager à ne divulguer à personne les secrets qu'il partage avec la venderesse.

Nous croyons au droit de suite sur l'information. Cette obligation survit à l'exécution "matérielle" du contrat qui lui a donné naissance.

- l'acquéreur devrait s'engager à ne pas débaucher le personnel de la venderesse, dans les limites prévues par la loi.

- l'acquéreur pourrait s'obliger à informer la partie venderesse des développements et mise-à-jour du système cédé.

- la venderesse peut garder son copyright sur les manuels accompagnant le système.

- elle peut interdire à l'acquéreur de produire des oeuvres dérivées [151] ou adaptations de toutes natures provenant de l'oeuvre originale.

- les parties pourraient prévoir encore une rétrocession des biens vendus et une annulation automatique du contrat au cas de faillite, insolvabilité, cession de paiement, banqueroute ou cessation des affaires de l'acquéreur pour toutes raisons acceptables par la loi.

---

(151) On entend ici par oeuvre dérivée, toute oeuvre qui proviendrait d'une oeuvre originale, enregistrée sur un medium différent de celui de l'oeuvre originale.

- les infractions à un tel contrat pourraient être assorties de sanctions déjà stipulées, allant de l'annulation du contrat jusqu'à la pénalité en dommages prévus dans une clause particulière à cet effet, avec ou sans arbitrage préalable.

Nous laissons encore une fois ici aux besoins réels des parties la tâche de dicter pour chaque espèce les solutions les mieux adaptées aux circonstances données.

2. Le maintien du secret

Les conventions qui n'entraînent pas le transfert de la propriété, sont plus propices à assurer une protection efficace des logiciels transmis pour usage à des personnes tierces.

Les auteurs et les trafiquants en logiciels de toutes natures sont bien conscients des avantages que procurent ces contrats et aussi ont-ils fréquemment recours à la licence comme moyen juridique de transmettre les programmes à leur clientèle [152].

---

(152) La location de logiciels ouvrirait la porte à la copie de ces produits, ce qui empêche les producteurs de programmes américains d'y avoir recours. La situation paraît changer toutefois maintenant et deux entreprises font scandale dans ce domaine. La première est américaine; il s'agit de United Computer Corp., poursuivie en justice par Micropro Corp. et Peachtree Software (voir: "The Software Rental Brouhaha", dans le numéro de mars 1984 de Popular Computing).
La seconde entreprise, la maison Microcom de Montréal (voir à ce propos: "Ça se corse pour les pirates", dans le numéro de mars 1984 de Informatique Québec, et "Microcom provoque la furie des producteurs de logiciels", dans le numéro du 3 mars 1984 du journal Les affaires).

Il n'est pas facile de définir cette convention, légale mais innommée en droit civil. Nous croyons qu'il s'agit d'une institution par laquelle l'acquéreur d'un logiciel peut devenir plein propriétaire du support qui le rapporte, mais non de l'information transmise elle-même, qui reste la propriété de la partie cédante, et dont il acquiert l'usage limité moyennant le versement de droits payables en un seul versement ou suivant une périodicité convenue d'avance.

Le louage et la licence se distinguent sur plusieurs points, mais trois différences nous semblent principales entre ces deux conventions.

On remarquera ainsi en premier lieu qu'il n'y a pas en principe de dissociation domaniale dans le cas du louage. Si on loue un logiciel, le locataire jouira d'un jus ad rem, et ce droit portera tant sur le support que son contenu. Dans le cas de la licence, le cessionnaire peut détenir un jus in re complet sur le support et seulement un droit personnel limité sur l'information. Cette construction juridique désarçonne a priori le civiliste peu familier de cette convention tirée de la Common Law américaine, mais sans qu'il puisse lui reprocher pour autant d'être inadmissible dans son système juridique où seuls l'ordre public et l'outrage aux bonnes moeurs peuvent empêcher la convention.

Le louage et la licence se distinguent encore par leur mode de rétribution. Le locataire verse un loyer dans le premier cas, et il paye un droit ou une redevance dans le second.

Le louage, simple jus ad rem, prend fin nécessairement à un moment donné. Il souffre toujours un terme quelconque. La licence, en revanche, peut être apparemment illimitée dans le temps, voire perpétuelle, sauf stipulation spéciale, ce qui l'apparente à la vente dont elle ne se distingue pas toujours clairement dans certains cas.

Pour les fins de notre étude, nous allons cependant continuer à rapprocher la licence de notre louage du Code civil, et suggérer certaines clauses que le cédant (ou locateur) devrait inclure à la convention qui l'unit au cessionnaire (ou locataire) afin de protéger l'intégrité de ses droits sur le logiciel dont il estime être l'auteur. Dès lors:

- l'objet de la licence (ou contrat de louage) doit être bien défini, dans le sens où nous l'avons vu précédemment.

> Il est sage que le propriétaire des biens cédés rappelle son droit de propriété sur les objets du contrat. Tout brevet d'invention ou copyright qu'il pourrait détenir, devrait faire l'objet d'un rappel tout spécial.
>
> Il faudrait signaler que le cessionnaire devra reproduire les marques formelles qui accompagnent ces droits spécifiques (v.g. ©, ™ etc...).

- le cédant peut stipuler non seulement l'évidente prohibition d'aliéner, mais encore celle de céder à son tour (ou sous-louer) de toutes manières sans le consentement du propriétaire [153].

- le cédant peut stipuler un droit d'accession sur les améliorations apportées au logiciel par le cessionnaire, sans qu'il n'ait à verser une compensation pour la plus-value du produit [154].

---

(153) A. 1619 C.c., dans le cas du louage.

(154) A. 1624 C.c. a contrario

Le cessionnaire (et a fortiori le locataire) doit cependant rendre la chose dans l'état où il l'a reçue [155], ce qui implique qu'il ne peut altérer le logiciel sans la permission de son propriétaire. Il est en fait tenu d'en jouir comme un bon père de famille [156].

Notons que le locataire ne peut changer la forme ou la destination de la chose [157], une obligation que devrait assumer également le cessionnaire d'une licence.

- le cessionnaire (ou le locataire) devrait garantir la confidentialité des documents de toutes natures accompagnant le logiciel loué (v.g. ordinogramme, expertises, cahier des charges etc...).

- le cessionnaire (ou le locataire) devrait assurer la discrétion de ses employés.

- il devrait s'engager à ne pas débaucher les employés du locateur à son profit.

- le droit de copie et de reproduction du matériel cédé ou loué devrait être limité, quitte à ce que le cédant (ou le locateur) assume la responsabilité de garder à la disposition du cessionnaire (ou du locataire) un système de back-up complet.

Il y a plusieurs combinaisons possibles !

---

(155) A. 1623 C.c.

(156) A. 1617 C.c.

(157) A. 1618 C.c.

On peut limiter l'interdiction au programme-objet ou à l'assembleur ou à un programme d'application spécifique, suivant l'intérêt dominant.

La copie peut être limitée à l'archivage.

Soulignons enfin qu'il existe certains matériels permettant un contrôle physiquement constatable des usages que l'on fait des supports qui rapportent l'information.

- le cédant (ou le locateur) arrive plus facilement à suivre l'exploitation du logiciel cédé ou loué quand il est stipulé que le cessionnaire (ou locataire) ne s'en servira qu'à partir d'un seul centre déterminé.

- on serait bien avisé de prévoir des limites d'accès ratione personae, et stipuler que seuls le cessionnaire (ou locataire), ses préposés, et peut-être certaines catégories de clients ou tiers, auront droit d'en tirer profit.

Il existe, notons-le, des procédures et machineries permettant d'enregistrer les interventions réalisées.

Il est en fait possible de limiter les utilisateurs, et les types d'exploitation, en nombre, en qualité, dans le temps et dans l'espace.

- les sanctions pour infractions au présent contrat restent ici plausibles.

On peut prévoir la résiliation du contrat [158], ou diverses clauses pénales, avec ou sans arbitrage préalable.

---

(158) A. 1628 C.c.

Notre patient lecteur va retrouver aux formulaires spécialisés les exemples de clauses dont il aura besoin pour répondre aux problèmes qui lui seront soumis, et nous laissons donc ce choix à son bon jugement. En ce qui nous concerne, nous allons plutôt maintenant faire le point et conclure notre étude par un exposé des grands axes de la stratégie de protection des logiciels.

CONCLUSION

Nous avons présenté dans les pages précédentes, deux formes de stratégies permettant d'assurer une certaine protection contre l'appropriation abusive des logiciels.

Dans le premier cas, l'auteur des produits informatiques qu'on veut protéger, choisit de rendre ses oeuvres publiques, comptant que le bénéfice de son travail sera assuré contre la piraterie par la loi elle-même. Il va donc recourir au brevet d'invention ou au droit d'auteur pour garder le monopole sur l'exploitation de ses travaux.

Dans le second cas, l'auteur de logiciel opte pour le silence. Prudent, il croit que ses intérêts seront d'autant moins mis en péril que la circulation des informations qu'ils considèrent siennes sera réduite au minimum. Il va donc stipuler la confidentialité par rapport à certains renseignements et documentation, et contrôler par une convention appropriée la circulation et les activités de certains détenteurs d'informations.

Ces deux procédés ne sont pas mutuellement exclusifs, à moins qu'on ne souhaite créér l'état extrême d'un secret absolu par exemple. En d'autres circonstances, il est possible de bénéficier des deux formes de protection à la fois, dans une formule appropriée à chaque cas particulier.

Surun plan général, une formule de protection aura du succès si elle remplit trois conditions principales. Il lui faut ainsi être aussi bien connue que possible du milieu où elle s'insère, être juridiquement correcte dans l'ordre juridique où elle sera employée et se révéler suffisamment souple pour être acceptable en pratique courante.

Nous croyons dès lors dans cette optique, qu'un auteur de logiciel pourra en général tirer une protection optimale contre les emprunts indélicats en négociant son produit dans le double cadre:

- du copyright enregistré de son logiciel

  et

- de l'octroi d'une licence "à l'américaine" à ceux qui voudront s'en procurer l'usage.

On retrouve au delà de ces options juridiques, un problème de communication que nous laissons aux intéressés.

Le 2 mars 1984

Jean Goulet
Professeur titulaire
Faculté de Droit
Université Laval

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITEE

Apple Computer, Inc. v Formula International Inc., 218 USPQ 47 (1983).

Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp., 545 F. Supp. 812 (1982); 1983 Copyright Law Decisions, § 25, 565.

Application of no 961, 392, (1971) 5 C.P. R. (2d), 162.

Application of W.D. Bernhart, 417 F. 2d 1395 (1969)

Application of J.J. Bradley, 600 F. 2d 807 (1979).

Application of G.F. Chatfield, 545 F. 2d 152 (1976).

Application of R.D. Freeman, 573 F. 2d 1237 (1978).

Application of J.P. Jonnson, 589 F. 2d 1070 (1979).

Application of C.W. Phillips, 608 F. 2d 879 (1979).

Application of C.D. Prater, 415 F 2d 1393 (1969)

Application of C.K. Sarkar, 588 F. 2d 1330 (1979)

Application of P.P. Toma, 575 F. 2d 807 (1978).

Atari, Inc. v. North American Phillips Consumer Electronics Corp., 672 F. 2d 607.

Attorney-General for Nova Scotia v. Attorney-General of Canada, [1951] R.C.S. 31.

Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion, (1896) 1 Olmsted, 343.

Cuisenaire v. South West Imports, [1969] R.C.S. 208.

Dann v. Johnston, 425 U..S. 219 (1976).

Data Cash Systems v. JS&A Group, Inc., 480 F. Suppl. 1063 (1979).

Deeks v. Wells, [1933] 1 D.L.R. 353.

Diamond v. Diehr, 450 U.S. 179 (1981).

Gottschalk v. Benson, 409 U.S. 64 (1972).

Grymwald v. Playfair Knitting Mills, [1959] C.S. 200.

Harcourt, Brace & World, Inc. v. Graphic Controls Corp., 329 F. Supp. 517 (1971).

Hubco Data Products Corp. v. Management Assistance Inc., (1983) 31 Journal of the Copyright Society of the U.S.A., 83

The Lange Co. v. Platt, [1973] C.A. 1068.

Midway Mfg. v. Artic International, 547 F. Supp. 999 (1982).

Midway Mfg. Co. v. Dirkschneider, 543 F. Supp. 466 (1981).

Moreau v. Saint-Vincent, [1950] 3 D.L.R. 713.

Obri v. Preston, (1922) 23 O.W.N. 309.

Parker v. Flook, 437 U.S. 584 (1978).

Schlumberger Canada Ltd. v. Commissioner of Patents, (1981) 56 C.P.R. (2d), 204.

Stern Electronics Inc. v. Kaufman, 669 F. 2d 852 (1982).

Synercom Technology Inc. v. University Computing Inc., 462 F. Supp. 1003 (1978).

Tandy Corp. v. Personal Micro Computers, Inc. 524 F. Supp. 171 (1981).

Williams Electronics Inc. v. Artic International Inc., 685 F. 2d 870 (1982).

BIBLIOGRAPHIE

Le droit d'auteur au Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, [1977].

Emergence du droit de l'informatique, Paris, Editions des Parques, [1983].

BERTRAND, André, Contrats informatiques, Paris, Editions des Parques, [1983].

BENSOUSSAN, Alain, Risques informatiques: parades techniques et juridiques, Paris, Editions des Parques, [1983].

BONCOMPAIN, Jacques, Le droit d'auteur au Canada, Montréal, Cercle du livre de France, [1971].

BRANDON, Dick H. et SEGELSTEIN, Sidney, Data Processing Contracts, New York, Reinhold, [1976].

BRUN, Henri et TREMBLAY, Guy, Droit constitutionnel, Montréal, Blais, [1982].

COTE, Pierre-André, Interprétation des lois, Montréal, Blais, [1982].

DREYFUS, John et RICHAUDEAU, François, La chose imprimée, Paris, CEPL, [1977].

DUSSAULT, René, Traité de droit administratif, Québec, P.U.L., 1974.

FARIBAULT, Léon, Traité de droit civil du Québec, T. 12, Montréal, Wilson & Lafleur, [1951].

FISHMAN, Katharine Davis, The Computer Establishment, New York, McGraw-Hill, [1982].

FOX, Harold G., The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Invention, 4th ed., Toronto, Carswell, 1969.

FOX, Harold G., The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs, 2d ed., Toronto, Carswell, 1967.

FOX, Harold G., The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition, 3d ed., Toronto, Carswell, 1972.

GLASBEEK, H.J., "Limitations on the Action of Breach of Confidence", in D. Gibson (ed.), Aspects of Privacy Law, Toronto, Butterworths, [1980].

GOULET, Jean, GAGNE, Maud et GIRARD, Diane, Règles de droit et confidentialité, Chicoutimi, Université du Québec à Chicoutimi et SOREP, 1982.

GOULET, Jean, ROBINSON, Ann et SHELTON, Danielle, Théorie générale du domaine privé, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982.

HARDING, Alan, A Social History of English Law, Harmondsworth, Eng., Penguin Books, [1966].

KAY, Harry, DODD, Bernard et SIME, Max, Teaching Machines and Programmed Instruction, Harmondsworth, Eng., Penguin Books, [1969].

LAMBERTERIE, Isabelle de, Les contrats en informatiques, Paris, LITEC, [1983].

LETHUILLIER, Jacques, Informatique, Montreal, Sodilis, 1982

L'HEUREUX, Nicole, Précis de droit commercial du Québec, 2ème éd., Québec, P.U.L. 1975.

LINANT de BELLEFONDS, Xavier, L'informatique et le droit, Paris, P.U.F., [1981].

MADEC, Alain, Les flux transfrontières de données, Paris, La documentation française, [1982].

MARTIN, James, Security, Accuracy, and Privacy in Computer System, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, [1973].

McLUHAN, Marshall, The Gutenberg Galaxy, Toronto, U. of T. Press, [1962].

McLUHAN, Marshall, The Medium is the Massage, New York, Bantam Book, [1967].

McLUHAN, Marshall, Understanding Media, New York, New American Library, [1964].

MEADOWS, A.J., GORDON, M. et SINGLETON, A., Dictionary of New Information Technology, London, Kogan Page, [1982].

Office de la langue française, Terminologie de l'informatique, Québec, Gouvernement du Québec, [1983].

PALMER, John et RESENDES, Raymond, Le droit d'auteur et les ordinateurs, Ottawa, Ministère des Approvisionnnements et Services, [1982].

PATTERSON, Lyman Ray, "The Statute of Anne Copyright Misconstrued", (1966) 3 Harvard Journal on Legislation, 223-255.

RASTRIGUINE, L. et GRAVE, P., La cybernétique telle qu'elle est, Moscou MIR, [1979].

ROSEN, Arnold, "Industrial Property Aspects of Procurement Contracts", (1983) 19 Patent and Trademark Institute of Canada (Series 8), 1314-1331.

ROUSSEAU-HOULE, Thérèse, Précis du droit de la vente et du louage, Québec, P.U.L., 1978.

SAINTE-MARIE, Jacques, Microscope-5, Montreal, Guérin, [1983].

SCALETTA, Phillip J. et WALSH, Joseph L., Syntax-Legal Analysis of Standard Commercial Commercial Computer Purchase and Lease Contracts, Park Ridge, Ill., DPMA, [1974].

TANCELIN, Maurice, Théorie du droit des obligations, Québec, P.U.L., 1975.

VINCKE, Christian et P.A. Côté et V. Nabhan, Problèmes de droit d'auteur en matière d'éducation, Québec, Editeur Officiel, [1977].